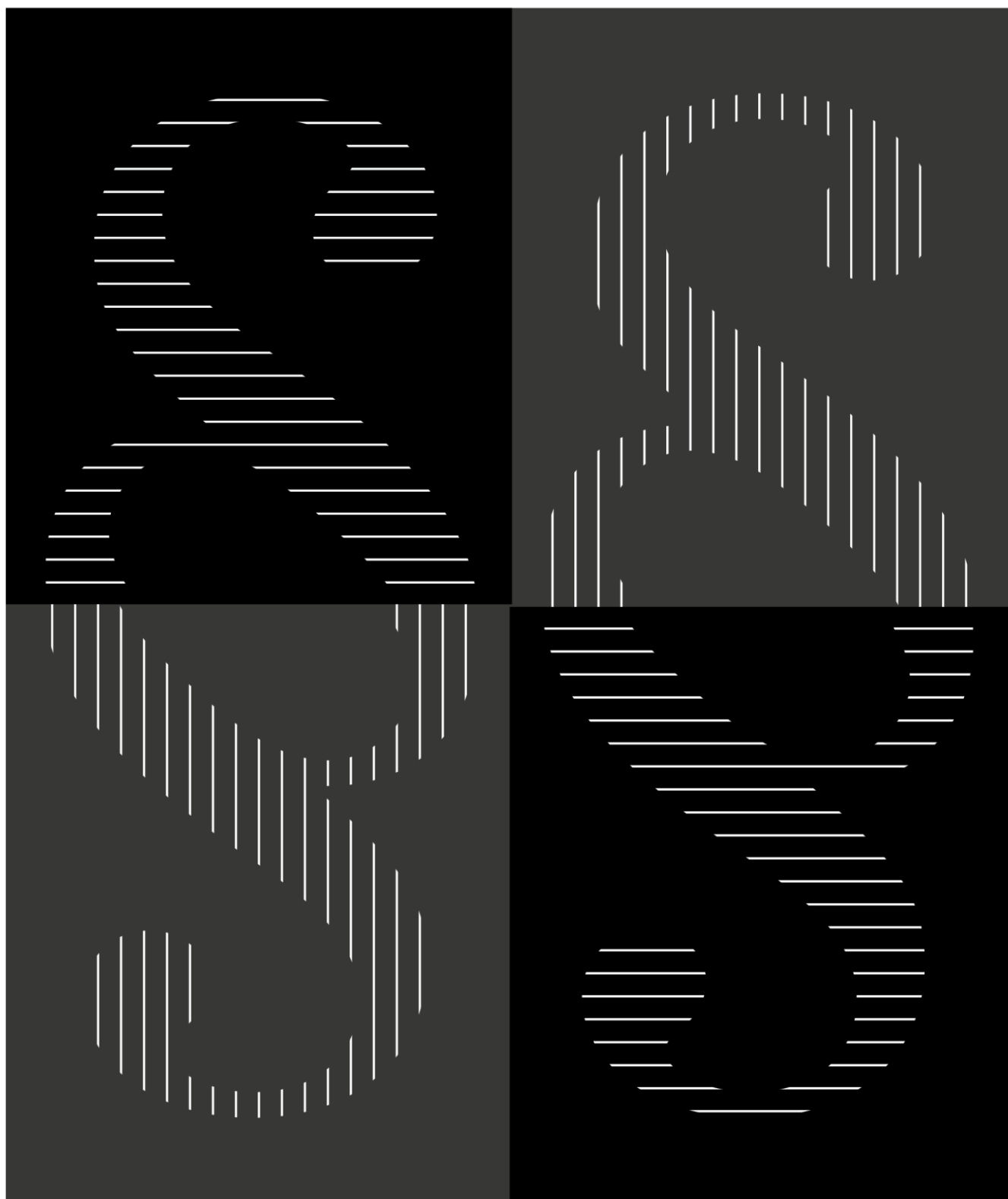


Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 01 / 2015 (18)

ISSN 1689-9601 | www.ipp.tbbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2015/1 (18)

Autorzy

Sławomir Żółtek
Witold Zontek
Valeri Vachew
Martyna Sepko
Milena Garwol
Martyna Utracka
Michał Wantoła
Jakub Bojke
Łukasz Strycharczyk
Kamil Mamak
Dominik Zając

Korekta Językowa

Pracownia Edytorska
Magdaleny i Jacka Pawłowiczów

Kolegium Redakcyjne Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ

Kamila Specka (p.o. redaktor naczelny)
mgr Marcin Kaliński
mgr Kamil Mamak
mgr Daria Wójcik
Kamil Burski

Adres Redakcji

Straszewskiego 25/9 | 31-007 Kraków
redakcja.ipp@tbsp.pl | www.ipp.tbsp.pl
© by tbsp uj

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa
Uniwersytetu Jagiellońskiego
ISSN 1689-9601

Spis treści

ZNAMIONA NORMATYWNE W UJĘCIU SEMANTYCZNO- INSTYTUCJONALNYM	4
Sławomir Żółtek	
SKAZUJĄCE WYROKI ZAGRANICZNE I KARA ŁĄCZNA: MIĘDZY POSTULATAMI A RZECZYWISTOŚCIĄ	21
Witold Zontek	
ROZWÓJ INSTYTUCJI ZGODY DYSPONETA DOBREM I JEJ MIEJSCE W STRUKTURZE PRZESTĘPSTWA	31
Valeri Vachev	
ROZWAŻANIA NA TEMAT PROPOZYCJI ROZSZERZENIA GRANIC OBRONY KONIECZNEJ W PROJEKCIE POSELSKIM Z 19.01.2015 R.	48
Martyna Sepko	
ŚRODKI ZABEZPIECZAJĄCE W ŚWIELE USTAWY NOWELIZUJĄCEJ Z DN. 20 II 2015 R. WYBRANE ZAGADNIENIA	58
Milena Garwol	
W POSZUKIWANIU PROCESOWEJ PODSTAWY ZASTOSOWANIA KONSTRUKCJI POMIĄJALNEGO ZBIEGU PRZESTĘPSTW	73
Martyna Utracka	
NORMA SANKCJONOWANA W PRAWIE KARNYM I DYSCYPLINARNYM. PRÓBA ANALIZY PORÓWNAWCZEJ	84
Michał Wantoła	
ROLA ZASADY PROPORCJONALNOŚCI W WYKŁADNI PRZEPISÓW PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO	107
Jakub Bojke	
KARA ŁĄCZNA PRZED I PO NOWELIZACJI	116
Łukasz Strycharczyk	
DOZÓR ELEKTRONICZNY W ŚWIELE NOWELIZACJI PRAWA KARNEGO	127
Kamil Mamak, Dominik Zając	
SPRAWOZDANIE Z I KRAKOWSKO-WARSZAWSKIEGO SEMINARIUM KARNISTYCZNEGO	144
Valeri Vachev, Michał Wantoła	

Sławomir Żółtek*

Znamiona normatywne w ujęciu semantyczno-instytucjonalnym

Niniejszy artykuł poświęcony jest zagadnieniu znamion normatywnych. Przyjętym celem jest naświetlenie problemów wyłaniających się przy ich analizie. Podjęto między innymi próbę wyjaśnienia spornych zagadnień dotyczących ujmowania wskazanych znamion jako ocennych albo deskryptywnych. Szerokie rozważania dotyczą instytucjonalnego pojmowania znamion, co wiąże się z wyróżnieniem w ich treści reguł konstytutywnych, tj. reguł, które nadają psychofizycznej rzeczywistości nowego, nieznanego poza prawem, sensu. Powyższe zagadnienia starano się omawiać w odwołaniu do przedstawicieli doktryny prawa karnego, jak również teorii prawa i teorii języka.

1. Dwie koncepcje znamion normatywnych

Pojęciem „znamiona normatywne” po raz pierwszy posłużono się w doktrynie niemieckiej, co miało miejsce w 1915 r.¹. Wiązało się to z prawnym określeniem elementów typu czynu zabronionego, które wymagały uzupełniającej decyzji sędziego. Innymi słowy, chodziło o znamiona typu, które wychodziły poza czysty opis i nakazywały dokonać stosownych ocen (jak stwierdzano, jeżeli ustawa nie tylko wskazuje na pewien stan rzeczy, lecz raczej daje pole do

* Doktor Prawa, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Na takie pochodzenie analizowanego terminu, zarazem przypisując powstanie nazwy M.E. Mayerowi, wskazuje K.H. Kunert, *Die Normativen Merkmale der Strafrechtlichen Tatbestände*, Berlin 1958, s. 1.

ich ocen, to takie wypadki nazywa się „elementami normatywnymi”²). Takie postrzeganie znamion normatywnych wiązało się z lokowaniem ich w różnych płaszczyznach struktury przestępstwa³, tj. zaliczono je do elementów częściowo deskryptywnych, a więc zawartych w istocie czynu, oraz częściowo ocennych, osadzonych w bezprawności (co nawiązuje do tzw. splątania struktur – *Strukturverschlingung*, tj. jednoczesnego zawierania w sobie elementów deskryptywnych i wartościujących)⁴. W płaszczyźnie bezprawności oznaczało to identyfikację owych znamion jako pojęć użytych w ustawie do oceny normowanego zachowania⁵. Ich przynależność do tej płaszczyzny wiązano z uzasadnieniem bezprawności, co pozwalało klasyfikować je jako tzw. właściwe elementy bezprawności. Z drugiej strony, w płaszczyźnie istoty czynu stanowiły one tzw. elementy niewłaściwe (tj. miały nie wchodzić do *Leitbild*)⁶. W nauce niemieckiej dominowało i dominuje powyżej zarysowane postrzeganie znamion normatywnych wiążąc je z koniecznością każdorazowego dokonywania ocen kulturowych (charakteryzowanych także jako oceny pozaprawne), co określane jest również jako wartościowanie⁷. Zazwyczaj też tak ujmowane znamiona przeciwstawia się znamionom deskryptywnym. Często podkreśla się, że jednym ze sposobów odróżnienia znamion normatywnych od znamion deskryptywnych jest to, „iż te ostatnie są »postrzegane zmysłowo«, zaś te pierwsze – »pojmowane intelektualnie«”⁸ (tj. *sinnliche Wahrnehmbarkeit* oraz *geistige Verstehbarkeit*).

² Zob. E. Mezger, *Deutsches Strafrecht*, Berlin 1941, s. 69; por także I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu, Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 94.

³ M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1915, s. 182; zob. także K.H. Kunert, *op.cit.*, s. 28–31; W.G. Tischler, *Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, Berlin 1984, s. 60–65.

⁴ R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 70 i n.

⁵ M.E. Mayer, *op.cit.*, s. 182.

⁶ Za T. Florek, *Typizacja czynu – pojęcie, zakres, funkcja*, „Zeszyty Naukowe UJ, Prace Prawnicze” 1977, z. 74, s. 36.

⁷ Na konieczność wartościowania w przypadku znamion normatywnych jako pierwszy uwagę zwrócił E. Mezger, *op.cit.*, s. 69.

⁸ R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa*, Łódź 1995, s. 217; Pogląd wskazany powyżej, tj. polegający na zestawieniu *sinnliche Wahrnehmbarkeit* oraz *geistige Verstehbarkeit* został do nauki niemieckiej wprowadzony przez H. Welzela, a szerzej omówiony przez K.H. Kunerta i K. Englscha, tj. K.H. Kunert, *op.cit.*, s. 90 i n.; K. Engisch, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, w: *Festschrift für E. Mezger*, München-Berlin 1954, s. 151.

Zauważyć należy, że praktycznie od samego odkrycia znamion normatywnych, odróżniano znamiona wymagające wartościowania kulturowego od znamion wartościowanych prawnie⁹. Podział ten jest szczególnie istotny, gdyż nazwę „normatywne” rezerwowano w literaturze niemieckiej początkowo dla pierwszej grupy. Odnośnie do drugiej, z reguły ograniczano się do twierdzeń, że znamiona te są „skróconymi twierdzeniami o okolicznościach faktycznych”, sądy w nich zawarte dotyczyć zaś miały sensu, a nie powinności¹⁰. Charakterystyczne, że semantyczne podejście do znamion normatywnych zrodziło się na podstawie analizy znamion w ujęciu przedstawianym powyżej, a więc zasadniczo jako znamion wymagających wartościowania (ocen sędziowskich), jednakże przedmiotem analizy czyniąc stosunek, jaki zachodzi pomiędzy materialną treścią czynu zabronionego a określonością czynu (tj. jego ustawową formą), zarazem umożliwiając ucieczkę od kardynalnych dla pierwszej teorii rozważań z zakresu filozofii wartości.

Przypomnieć należy, że początkowo przyjmowano, iż istota czynu ma charakter deskryptywny, co nakazywało wyrzucić poza jej obręb znamiona ocenne (dla których, jak już stwierdzone, przejęto nazwę „znamiona normatywne”), lokując je zarazem w bezprawności. W wyniku rozwoju koncepcji *Tatbestand* zakwestionowano wskazane stanowisko, włączając znamiona ocenne do istoty czynu, w dalszym ciągu określając je jako normatywne. To właśnie ewolucja poglądów w zakresie relacji istoty czynu do bezprawności zrodziła nowe „semantyczne” podejście do *Normative Tatbestandsmerkmale*¹¹. Zauważono, że co najmniej część „znamion normatywnych” cechuje się dużym podobieństwem do znamion deskryptywnych, co oznacza, że mogą one być stwierdzane bez konieczności przeprowadzania ocen. Duże znaczenie w przyjęciu tego poglądu miały z pewnością wypowiedzi dotyczące rozróżnienia znaczeń słowa „powinność” (*Sollen*)¹². Pierwsze (*Wertung*) oznaczało tyle co „wartościowanie”, drugie (*Setzung*) znaczyło tyle co „stanowienie”¹³. Jak podnoszono, „Powinność jako stanowienie występuje dopiero w momencie powstania norm”¹⁴. Jednakże powinność w tym ujęciu jest również warunkowana normą, którą określano jako norma tetyczna, a która w określonych sytuacjach stawała się

⁹ W. Wolter, *Normative Tatbestandsmerkmale*, Monatsschrift für Kriminalpsychologie Und Strafrechtsreform, XXI 1930, z. 8-9, s. 458.

¹⁰ Szerzej zob. *Ibidem*, s. 458 i n.

¹¹ Jednym z pionierów takiego postrzegania znamion normatywnych w nauce niemieckiej był W. Wolter, zob. *idem*, *op.cit.*, s. 455 i n.; zob. także K.H. Kunert, *op.cit.*, s. 40–41 oraz K. Engisch, *op.cit.*, s. 146–147.

¹² C. Znamierowski, *Podstawowe pojęcia teorii prawa*, Poznań 1924, *passim*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ T. Florek, *op.cit.*, s. 26

również normą konstrukcyjną. Jak stwierdzano, „Norma taka może nadać pewnemu faktycznemu zachowaniu nowy »sens« (*Sinn*), którego w ogóle nie posiada poza porządkiem norm. Na przykład zawarcie umowy kupna-sprzedaży nie jest zwykłym fizycznym zachowaniem. Umowa kupna-sprzedaży uzyskuje swój »sens« na gruncie odpowiedniej instytucji prawnej (w Polsce reguluje to Kodeks cywilny z 1964 r.). Fakt ten jest nazywany faktem instytucjonalnym”¹⁵. Określenia, które denotują te fakty, nazywane są zaś „pojęciami normatywnymi”¹⁶. Jak powiedziano, pojęcia te czerpią swój sens ze stworzonego przez normy porządku prawnego, „z nimi związane są pewne wartości, ale ich sens, to nie tylko sama wartość. Nie są one jakąś nową rzeczywistością, ale nadają tej rzeczywistości szczególny sens, naturalnie tylko w sferze prawa [...] są one »stwierdzalne« jak pojęcia czysto opisowe, czyli że brak tu jakiegokolwiek sądu wartościującego tak istotnego dla znamion wartościujących (tłum. S.Ż.)”¹⁷. Przeciwstawieniem norm konstrukcyjnych były normy koercytywne, które wyposażane były w sankcję kary i egzekucji. Warto tu wskazać, że „norma koercytywna nie jest normą konstrukcyjną, a tym samym klasyfikowanie faktów przestępczych to nie konstruowanie aktów tetycznych, lecz klasyfikowanie aktów społecznych, istniejących niezależnie od jakiegokolwiek normy karnej. Normy koercytywne mogą przedmiotem powinności uczynić dowolny czyn z całej sfery czynów możliwych. Norma może zakazać czynu psychofizycznego, a także aktu społecznego. Przedmiotem zakazu może być jednak również jakiś akt tetyczny (tłum. S. Ż.)”¹⁸. Wedle prezentowanego ujęcie normy prawa karnego nie były zatem zdadne do nadawania rzeczywistości nowego sensu, choć mogły one bazować na normach konstrukcyjnych wywodzonych z innych gałęzi prawa.

W efekcie, omawiania teoria odeszła od postrzegania znamion normatywnych jako ocennych, wyraźnie podkreślając, że nie wymagają one przeprowadzania sądu wartościującego, kładąc zarazem nacisk na analizę pojęcia stanowiącego zamię typy czynu zabronionego w odniesieniu do całego systemu norm prawnych danego państwa. Jak się wskazuje, „jądro istoty znamion normatywnych, które nie mają charakteru wartościującego, tkwi w »znaczeniu

¹⁵ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 101; *idem*, *Normative Tatbestandsmerkmale...*, s. 464.

¹⁶ W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 141, choć zaznaczyć należy, że W. Wolter określał je również jako „nazwy technicznoprawne”: *idem*, *Nauka o przestępstwie*, s. 100 oraz „nazwy instytucjonalne”, *ibidem*, s. 101.

¹⁷ W. Wolter, *Normative Tatbestandsmerkmale*, s. 461.

¹⁸ *Ibidem*, s. 464.

normatywnym«, przy czym »normatywny« nie ma nic wspólnego z wartościowaniem, a jedynie określa znaczenie istniejące wyłącznie w obrębie świata norm”¹⁹.

Reasumując, przeprowadzony przegląd stanowisk dotyczących znamion normatywnych wyraźnie wskazuje na ukształtowanie się co do nich dwóch koncepcji. Nasuwa się twierdzenie, że ujęcia te są od siebie odległe, mimo że wyrastają ze wspólnych korzeni, choć nie zawsze trafne byłoby wskazywanie na ich przeciwstawność. Pierwsze z nich kładzie nacisk na normatywność w znaczeniu konieczności dokonywania ocen w oparciu o kryteria ustalone dla danego, analizowanego tu i teraz, przypadku (co można także wyrazić w tezie, że desygnaty tych znamion do stwierdzenia ich istnienia wymagają oceny sędziowskiej – np. etycznej, estetycznej czy kulturowej²⁰). Drugie ujęcie odbiera normatywność jako konieczność sięgnięcia do świata norm przy analizowaniu sensu znamienia, co oznacza respektowanie istniejącego wzorca znaczeniowego (w tym ujęciu dla wyróżnienia znamion normatywnych kwestia sposobu stwierdzania ich desygnatów jest nieistotna). Sens tej grupy znamion ściśle wiąże się z tzw. znaczeniem normatywnym, co można oddać w twierdzeniu, że znamiona takie mogą być przez sąd stwierdzone, ale z koniecznością wcześniejszego uwzględnienia ich specyficznego normatywnego bytu²¹.

2. Pozytywizm instytucjonalny

Zgodnie z powyższymi uwagami, znamiona normatywne w ujęciu semantycznym należy pojmować jako pojęcia, których treść wyznaczana jest przez normy prawne (zapropionować zarazem należy, aby znamiona, które takiej cechy nie mają, określać mianem **regulatywnych**). Takie postrzeganie znamion normatywnych stanowiło w bardzo ograniczonym zakresie i stosunkowo

¹⁹ W. Wolter, *Normative Tatbestandsmerkmale*, s. 465, zob. także podział znamion interpretowanych w oparciu o normy proponowany przez T. Waltera, w którym autor wyróżnił znamiona czerpane z definicji legalnych, znamiona blankietowe, znamiona prawnoinstytucjonalne (*rechtsinstitutionelle merkmale*) oraz znamiona prawne (*einzelakt*), *idem*, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen 2006, s. 253 i n.

²⁰ Lokować się tu będą znamiona takie jak: „zeszpecenie”, „znieskształcenie”, „poniżenie w opinii”, „godność osobista”, itd., szerzej zob. W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, s. 92.

²¹ Jak podaje W. Wolter, lokować się tu będą znamiona takie jak „cudze mienie”, „małżeństwo”, „dokument”, „urzędnik”, szerzej zob. *idem*, *Zarys systemu prawa karnego*, s. 92; zob. także I. Andrejew, *Istota czynu przestępnego w rozwoju nauki burżuazyjnej*, Warszawa 1951, s. 50.

dawno przedmiot badań doktryny prawa karnego²². Nie można również zaprzeczyć, że zaprezentowane powyżej uzasadnienie koncepcji semantycznego pojmowania znamion normatywnych przez odwołanie się do normy tetycznej, konstrukcyjnej i koercytywnej nie znalazło zadowalającego poparcia i rozwinięcia w teorii prawa. Jednakże zbliżona problematyka była i jest w ostatnim półwieczu dynamicznie rozwijana w naukach pozaprawnych²³, jak również w filozofii i teorii prawa²⁴, a pośrednio także w poszczególnych dogmatykach prawa, ze szczególnym podkreśleniem prawa cywilnego materialnego²⁵ oraz procedury karnej i cywilnej²⁶. Punktem wyjścia są tu zazwyczaj rozważania

²² Jak wskazywano, pionierem był W. Wolter, który swoją koncepcję zaprezentował w 1930 r., zasadnicze nawiązania czynili zaś do niej K. Englisch w 1954 i K.H. Kunert w 1958 r. W ostatnim czasie problematyka faktów instytucjonalnych została zaprezentowana przez M. Dąbrowską-Kardas, jednakże uwagi autorki nie skupiają się na znamionach typu, a na analizie problematyki norm wysławianych przez przepisy karne, *eadem*, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 139–149.

²³ Za ojca nowoczesnego ujęcia wskazanej tematyki powszechnie uważa się J.R. Searla – zob. *idem*, *How to Derive “Ought” from “is”*, “Philosophical Review” 1964, t. 73, nr 1, s. 43 i n.; *Austin on Locutionary and Illocutionary Acts*, “The Philosophical Review” 1968, t. 77, nr 4, s. 405 i n.; *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka*, Warszawa 1987, *passim*; *The Construction of Social Reality*, New York 1995, *passim*; Na temat rozwoju koncepcji faktów instytucjonalnych zob. S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 11–18. Dodać należy, że obecne zastosowanie faktów instytucjonalnych jest bardzo szerokie, poczynwszy od filozofii, przez językoznawstwo, a na prawie i ekonomii skończywszy (tylko przykładowo zob. D. Kuder, *Pojęcie instytucji w teorii ekonomii*, <http://www.ur.edu.pl/pliki/Zeszyt19/06.pdf>, data dostępu 1 czerwca 2015 r.).

²⁴ Zob. m.in. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, „SP” 1972, nr 33, s. 73 i n.; S. Czepita, *Reguły konstytutywne...*, *passim*; *idem*, *Formalizacja a konwencjonalizacja działań w prawie*, w: S. Czepita (red.), *Konwencjonalne i formalne aspekty prawa*, Szczecin 2006, s. 9 i n.; *idem*, *Czynności konwencjonalne i formalne w prawie a proces prawotwórczy i rola Trybunału Konstytucyjnego*, „PiP” 2014, z. 12, s. 3 i n.; B. Kanarek, *Teoretyczne ujęcie derogacji*, Szczecin 2004, *passim*; M. Smolak, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne prawniczego pozytywizmu instytucjonalnego*, Poznań 1998, *passim*; *idem*, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, *passim*.

²⁵ Zob. m.in. Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, *passim*; T. Gizbert-Studnicki, *O nieważności czynności prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, „PiP” 1975, z. 4, s. 70 i n.; M. Gutkowski, *Bezskuteczność czynności prawnej*, Warszawa 2012, *passim*; J. Frąckowiak, *Handlowe czynności kreujące*, „PPH” 2008, nr 12, s. 4 i n.; M. Kularski, *Czynności podobne do czynności prawnych*, Warszawa 2011, *passim*.

²⁶ Zob. m.in. S. Cieślak, *Formalizm postępowania cywilnego*, Warszawa 2008, *passim*; J. Jaśkiewicz, *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, *passim*; J. Wiczorkiewicz-Kita, *O konwencjonalnych i formalnych aspektach procesu karnego*, w: A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 749 i n.; B. Janusz-Pohl, *O wyroku nieistniejącym w polskim postępowaniu karnym*, „PiP” 2013, z. 12, s. 3 i n.

dotyczące tzw. faktów instytucjonalnych i powiązanych z nimi czynności konwencjonalnych i formalnych²⁷, uzupełniane o problematykę reguł sensu, co językowo przekłada się na zagadnienie performatywów prawnych²⁸. W szerszym aspekcie filozoficzna i prawna analiza faktów instytucjonalnych jest przedmiotem tzw. pozytywizmu instytucjonalnego. Zauważyć trzeba, z konieczności skrótowo, że pozytywizm instytucjonalny w sferze ontologicznej bazuje na rozróżnieniu faktów prostych czy surowych (tzw. *brute fact*) i faktów instytucjonalnych. Co do pierwszych z nich zastrzega się, że mają one podłoże *stricte* przyrodnicze (w pewnym uproszczeniu można powiedzieć – psychofizyczne), gdyż podlegają wyłącznie stwierdzeniu, z czym wiąże się przyjęcie określonej w języku nazwy (np. drzewo, stół, zwierzę, itp.). Fakty te do stwierdzenia nie wymagają udziału intencjonalności, co oznacza, że istniałyby one, „gdyby we wszechświecie nie istniała żadna percypująca je świadomość”²⁹. Co do drugich, zauważa się, że nie mogą one być ujmowane wyłącznie psychofizycznie, albowiem zawsze zawierają element pomyślany (instytucjonalny)³⁰. Jednakże, niejako z drugiej strony, fakty instytucjonalne bazują, czy lepiej – są logicznie odnoszone do rzeczywistości. Są one zatem strukturalnie powiązane z faktami surowymi. Oznacza to tyle, co nadawanie rzeczywistości nowego, w pewien sposób sztucznego znaczenia, opartego na licznych elementach pozostających jedynie w sferze myślowej, wynikających z twórczych możliwości człowieka. Co charakterystyczne, forma logiczna faktów instytucjonalnych przedstawiana jest jako „X jest Y w kontekście C”, gdzie X oznacza opis pewnych faktów, przedmiotów, osób lub stanów, Y nazwę faktu instytucjonalnego, C zaś opis warunków, które muszą być spełnione dla ważności Y – tzw. kontekst instytucjonalny³¹.

Szukając ilustracji omawianej koncepcji, trafne jest odwołanie się do zagadnienia gier. Bardzo celna jest wypowiedź, zgodnie z którą „w powszechnej znanej grze w szachy odgrywają rolę pewne figury, nazywane »król«, »królowa«,

²⁷ Zob. m.in. S. Czepita, *Formalizacja a konwencjonalizacja...*, s. 9 i n.

²⁸ Zob. m.in. J.L. Austin, *Mówienie i poznanie*, tłum. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1993, *passim*; K. Musiałowska, *Czy rzeczywistość jest tym, co powiedziane? Wypowiedzi performatywne w prawie i literaturze*, „Perspektywy Kulturoznawcze” 2010, nr 1, <http://www.pkult.amu.edu.pl> data dostępu 1 czerwca 2015 r.; W. Patryas, *Performatywy w prawie*, Poznań 2005, *passim*.

²⁹ K. Chrobak, *O faktach instytucjonalnych*, „Diametros” 2011, nr 28, s. 25.

³⁰ Tak. N. MacCormick, O. Weinberger, *As Institutional Theory of Law*, Dordrecht–Boston–Lancaster–Tokyo 1986, s. 24; zob. w tym przedmiocie również uwagi M. Smolaka, *Prawo Fakt Instytucja, Koncepcje teoretycznoprawne prawniczego pozytywizmu instytucjonalnego*, Poznań 1998, s. 13–14.

³¹ K. Chrobaka, *op.cit.*, s. 26.

»wieża« itd. Obojętnie z jakiego materiału są zrobione te figury, czy są zwykłymi kołkami, czy kunsztownymi rzeźbami, właściwość »króla«, »królowej« itd. przysługuje im jedynie w ramach reguł gry, unormowanego sposobu poruszania się na szachownicy czy i sposobu tracenia figur. Poza ramami reguł gry te przedmioty są kawałkami drzewa czy innego materiału (i tak się szachami bawi dziecko)³². Gra w szachy, warcaby, brydża, czy jakakolwiek inna opiera się na pewnych założeniach wyjściowych, tzw. regułach sensu, które muszą być znane każdemu grającemu. Niewiedza w tym zakresie powoduje, że nie można być faktycznym uczestnikiem gry, obserwator zaś będzie tylko śledził przesuwanie wyrzeźbionych figur po kawałku pomalowanego drewna, kładzenie i zabieranie kart ze stołu, itd. Podobnie z gestami kulturowymi, którym w danych społecznościach przypisuje się specyficzne znaczenia (uchylenie kapelusza jako przywitanie, kiwnięcie głową jako wyrażenie zgody, podniesienie ręki przez dziecko w celu zaznaczenia chęci odpowiedzi na zadane przez nauczyciela pytanie, itp.).

Samo prawo pozytywne, będące zbiorem norm, jest również faktem instytucjonalnym, co czyni go niezwykle wdzięcznym przedmiotem analiz „intencjonalnych”. Zagadnienie to od dłuższego czasu stanowi przedmiot pogłębionych badań teoretycznoprawnych. Dość powiedzieć, że instytucjonalne badanie norm prawnych pozwoliło na rozróżnienie norm regulatywnych oraz norm konstytutywnych³³.

Z punktu widzenia analizowanej tematyki najistotniejsza jest jednak uwaga, że „instytucjonalność” występuje również na płaszczyźnie semantycznej, co w badanym obszarze wiąże się ze stwierdzeniem, że znaczenie niektórych pojęć wyznaczane jest przez normy prawne. W tym ujęciu normy stanowią swoiście pojmowane „reguły gry”, co pozwala na stwierdzenie, że wyznaczają one tzw. „kontekst instytucjonalny”. Jak to zostanie dalej wykazane, pojęcia wyznaczone przez normy prawne mają różny charakter i różną złożoność, począwszy od oczywistych określeń przyjmowanych dla znaków drogowych (np. zakaz ruchu), przez wielowymiarowe pojęcia o funkcji ogólnospołecznej (np. „pieniądz”), a na pojęciach oddających prawa skończywszy (np. własność). Zaznaczyć jednak trzeba, że ze względu na przyjęty zakres rozważań dalsze uwagi

³² Tak W. Woltera, w ślad za C. Znamierowskim, tegoż, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 101.

³³ W tym przedmiocie zob. rozważania M. Dąbrowskiej-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 139-149 oraz T. Gizberta-Studnickiego, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, w: J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 133.

ograniczone zostaną jedynie do pojęć stanowiących znamiona typów czynów zabronionych.

3. Istota semantyczno-instytucjonalnego wyróżnienia znamion normatywnych

Analizując nieliczne wypowiedzi dotyczące instytucjonalnego ujmowania znamion normatywnych, jako dominujący uznać należy pogląd, zgodnie z którym sens takich znamion tworzony jest przez „świat norm”. Tym samym, analiza tej grupy znamion skierowana jest na ich warstwę treściową, w ujęciu, w jakim ta ukształtowana jest przez prawo. Do tej pory w literaturze nie przeprowadzono szerszej analizy tego wymogu, ograniczając się do podania sposobu rozpoznania znamienia normatywnego z uwagi na sposób denotowania przez nie faktycznych desygnatów, tj. znamię takie było wyznaczane przez kryterium sposobu odniesienia pojęcia do rzeczywistości, z jednoczesnym zadaniem pytania o to, czy ma ono charakter wyłącznie faktyczny, czy też może nakazuje pojmować fakty w perspektywie faktyczno-prawnej (ewentualnie wyłącznie prawnej). Ograniczając się do prostego przykładu, wskazać można, że zgodnie z powyższym badanie, czy znamię „żołnierz” jest normatywne, polega na rozważaniu, czy żołnierzem jest osoba w mundurze wojskowym (perspektywa czysto faktyczna), czy też osoba pełniąca czynną służbę w polskiej armii (perspektywa faktyczno-prawna)³⁴. Oczywista poprawność drugiego ujęcia decyduje o normatywności znamienia, gdyż dopiero oparcie się na prawie powoduje, że za desygnat pojęcia „żołnierz” nie zostaną uznane np. osoby przebrane w mundury wojskowe.

Dostrzegając atrakcyjność i trafność wskazanego algorytmu rozpoznania znamienia normatywnego, zaznaczyć należy, że w żaden sposób nie pozwala on na zrozumienie, na czym konkretnie polega owa normatywność znamion. W istocie, w literaturze karnoprawnej w bardzo ograniczonym zakresie próbowano wskazać, jak „świat norm” wpływa na znaczenie pojęć. Dostrzegalne wyjątki, omówione powyżej, prowadziły zazwyczaj do „technicyzacji” znamion normatywnych przez przyjęcie kryterium ich formalnego definiowania za pomocą definicji legalnej lub definicji w uwikłaniu (pochodzących z prawa karnego albo innej gałęzi prawa), niekiedy wskazując również na tzw. rozumienie

³⁴ Definicja ta budowana jest w odniesieniu do art. 115 § 17 k.k.

ogólnosystemowe³⁵. Stwierdzić jednak należy, że podejście takie, wbrew pozorom, jest bardzo nieprecyzyjne, a w konsekwencji prowadzi do błędnego, tracącego istotę wyróżnienia, zrównania normatywności znamion z możliwością odczytania ich znaczenia z aktu prawnego. Warto zatem podkreślić, że istota wyróżnienia znamion normatywnych nie wiąże się ze sposobem czy z samym definiowaniem pojęć, kluczem jest tu samo wyznaczanie treści pojęcia przez normy prawne oraz wiążący się z tym szczególny sens, który znamię takie nadaje rzeczywistości, co oznacza także, że desygnatu tego znamienia nie da się opisać jedynie przez charakterystykę okoliczności czysto faktycznych. Wyobrażalne są zatem przypadki, w których pojęcie nie będzie miało definicji w akcie prawnym, a będzie znamieniem normatywnym.

Atrybutem znamion normatywnych jest zatem to, że znamię takie swoje znaczenie opiera na rozpoznanych w systemie prawa normach prawnych, co do których zwykło się wskazywać że tworzą one instytucje prawne – w tym ujęciu instytucję prawną należy postrzegać jako uregulowany system norm prawnych podporządkowany wspólnemu celowi. Problem, na jaki można tu natrafić, dotyczy samego pojmowania owego celu, ten może bowiem zasadzać się wyłącznie na regulowaniu danej sfery stosunków (które istnieją niezależnie od prawa), albo na kreowaniu i regulowaniu stosunków (są one zatem warunkowane prawnie). Tradycyjnie w prawie zwykło się łączyć wskazane przypadki, podkreślić jednak trzeba, że na potrzeby znamion normatywnych instytucję postrzega się w sposób wąski, a więc w odniesieniu do tych kompleksów unormowań, które zasadzają się na przyznaniu szczególnego prawnego statusu „konceptyjnego” jakimś podmiotom, stanom lub rzeczom³⁶. W pewnym sensie normy te zatem „preparują rzeczywistość”. Dla zrozumienia istoty wyróżnienia znamion normatywnych wyjątkowo istotne jest więc, żeby odróżniać przypadki, w których jedynie jurydycznie „nazywa się” pewne obszary rzeczywistości, dokonując ich selekcji na potrzeby norm prawnych, od sytuacji, w których „nazwanej” rzeczywistości normy prawne nadają specjalne, w rzeczywistości obiektywnej nieistniejące, znaczenie.

Oczywistym przykładem znamienia normatywnego jest zatem pojęcie „małżeństwo” występujące w art. 206 k.k., gdyż ustalenie jego znaczenia wymaga odniesienia się do szeregu norm prawa rodzinnego (znamię to nazywa zatem

³⁵ Zob. zawarte powyżej uwagi W. Woltera, który definiując znamiona normatywne, odwołuje się do wyróżnionej przez C. Znamierowskiego normy tetycznej.

³⁶ Jest to zatem postrzeganie instytucji w rozumieniu, jakie nadał im J.R. Searl, zob. *idem*, *What is institution?* „Journal of Institutional Economics” 2005, nr 1, s. 1 i n.; zob. także omówienie poglądów autora w pracy K. Chrobaka, *O faktach instytucjonalnych*, s. 20 i n.

kompleks norm prawnych). Co oczywiste, sam fakt w postaci wspólnego życia dwojga osób różnych płci nie jest wystarczający dla określenia go mianem małżeństwem (można tu wskazywać jedynie na pojęcie regulatywne, tj. konkubinat), z drugiej strony związek małżeński może istnieć, mimo że małżonkowie już ze sobą nie żyją³⁷. Małżeństwa, w przeciwieństwie do konkubinatu, nie da się zatem opisać wskazując wyłącznie na suche fakty, potrzeba się tu odwołać do sfery pomyślanej, do norm prawnych, nadających faktom szczególnego znaczenia. Analogicznie, sens znamienia „postępowania karne” występującego w art. 239 § 1 k.k. należy ustalić w odniesieniu do szeregu norm prawa procesowego, które mają charakter kreujący w zakresie owego postępowania (a więc wskazujących na specyficzne prawne znaczenie wielu zachowań, rzeczy oraz stanów), pojęcie „stosunek pracy” odczytane z art. 218 § 1a k.k. należy ustalać w oparciu o kreujące go normy odczytane z Kodeksu pracy, pojęcie „cudzy” zawarte w art. 278 § 1 k.k. należy wyklądać w oparciu o cywilnoprawne normy dotyczące własności, zaś pojęcie „pożyczka pieniężna” występujące w art. 297 § 1 k.k. w oparciu o normy dekodowane m.in. z art. 720 i n. Kodeksu cywilnego. Podkreślić należy, że w każdym przytoczonym przypadku zespół norm prawnych nadawał faktycznym zachowaniom, stanom czy podmiotom pewien dodatkowy, warunkowany prawnie, sens.

Znamiona normatywne tworzą przy tym strukturę wieloszczeblową. Jest tak, ponieważ „instytucje prawne” zazwyczaj wchodzi w skład innych, „wyższych” instytucji prawnych. Przykładowo: „postępowanie sądowe” czy „postępowanie przygotowawcze”, będące znamionami typu dekodowanymi m.in. z art. 241 § 1 k.k., to pojęcia, które oddają instytucje prawne (dlatego niekiedy synonimicznie określa się je jako „pojęcia instytucjonalne”), które wchodzi w skład nadrzędnej instytucji, którą można określić jako „proces karny”, ta zaś wchodzi w skład „wymiaru sprawiedliwości”, ten zaś jest elementem „demokratycznego państwa prawa”. Ważne przy tym, że każde ze wskazanych pojęć odnosi się, koniec końców, do elementów fizykalnych czy ich zbiorów (i tak daje się opisać), ale z koniecznością uwzględnienia przynależnej im sfery pomyślanej, ukształtowanej normatywnie (tzw. kontekstu instytucjonalnego³⁸). Jednakże w zależności od „wysokości” w hierarchii faktów instytucjonalnych powiązanie to będzie coraz trudniej dostrzegalne, gdyż definiując dane pojęcie, uciekać się będziemy w pierwszej kolejności do innych wyznaczających je pojęć instytucjonalnych³⁹. Jest więc czymś normalnym, że poszukując znaczenia

³⁷ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 100.

³⁸ Tak K. Chrobak, *O faktach instytucjonalnych*, s. 23.

³⁹ *Ibidem*, s. 26.

znamion normatywnych, często trzeba będzie sięgać do pojęć, których znaczenie rozpatrywane samoistnie również będzie wyznaczane przez normy prawne.

Jeżeli znamiona normatywne wynikają z norm prawnych, to konsekwentnie trzeba wskazać, że normy prawne wyznaczają co najmniej część ich cech znaczeniowych. Cechy te zwykle się określać jako reguły sensu, czy też reguły konstytutywne⁴⁰. Podkreślić należy, że reguły te mają często charakter kreacyjny, a zarazem walidacyjny, tj. wiążą się one z powstaniem określonego stosunku, z którego istnienia wynika szereg konsekwencji prawnych. Reguły sensu pozwalają tym samym na stwierdzenie tzw. czynności konwencjonalnej, której substratem jest – w najprostszym ujęciu – zachowanie się czy zachowania człowieka (czynności psychofizyczne). To zatem tym zachowaniom prawo nadaje „umowny” czy „konwencjonalny” sens⁴¹. Zachowania takie określane są również jako wspomniane już fakty instytucjonalne. Z założenia też dają one początek intencjonalnie pojmowanym podmiotom, rzeczom, stosunkom lub stanom. Rozpatrując rzecz na przykładach, definiując wspomniane już „małżeństwo”⁴², odwołamy się do szeregu unormowań Kodeksu rodzinnego, zaznaczając m.in. jego sformalizowane zawarcie, konieczność wystąpienia trzech wspólnot, itd. – tym samym precyzując znaczeniowe cechy normatywne tego pojęcia. Jednakże to fakt instytucjonalny w postaci samego zawarcia małżeństwa warunkuje jego istnienie, pozwalając wywodzić z niego konsekwencje prawne. Ma tu zatem miejsce czynność konwencjonalna, której substratem jest złożenie zgodnego oświadczenia woli przez nupturientów, jej rezultatem jest zaś powstanie stosunku prawnego małżeństwa. Idąc dalej, „sędzia”⁴³ w ujęciu prawnym to osoba fizyczna, która przy spełnieniu przewidzianym prawem wymogów została powołana na to stanowisko przez Prezydenta RP (miała tu zatem miejsce tzw. czynność konwencjonalna w postaci nominacji sędziowskiej, obarczona szeregiem przewidzianych w ustawie reguł walidacyjnych), „oskarżony”⁴⁴ to osoba, przeciwko której skierowano do sądu akt oskarżenia (reguła walidacyjna pociągająca za sobą fakt instytucjonalny), analogicznie „podejrzany” to osoba, której w sformalizowanej procedurze przedstawiono zarzuty. „Umowa”⁴⁵ to stosunek zobowiązaniowy rodzący się przez zgodną wolę stron,

⁴⁰ Reguły konstytutywne zaliczające się do treści językowej pojęć (reguł znaczeniowych) przeciwstawiane są regułom formalizacyjnym zewnętrznym wobec treści językowej, zob. szerzej S. Czepita, *Czynności konwencjonalne i formalne...*, s. 3.

⁴¹ Słusznie podkreśla S. Czepita, że czynności konwencjonalne mogą być wieloetapowe i niezwykle wręcz złożone, zob. *ibidem*, s. 5-6.

⁴² Zob. art. 206 k.k.

⁴³ Zob. art. 115 § 13 pkt 3 k.k.

⁴⁴ Zob. art. 245 k.k.

⁴⁵ Zob. art. 296 § 1 k.k.

wyrażony w sposób przewidziany prawem (analogicznie: reguła walidacyjna pociągająca za sobą fakt instytucjonalny), „ustawa” to akt normatywny uchwalony przez parlament w przewidzianej przez prawo procedurze (jw.), „zezwo-
lenie”⁴⁶ to decyzja administracyjna wydana przez właściwy organ w sposób przewidziany prawem, „własność” stanowiąca przeciwieństwo „cudzości”⁴⁷, określana jest przez zbiór praw odnoszonych do rzeczy, dzięki czemu odróżnia się ona od „władztwa”, przy czym z prawami tymi związane są różne reguły sensu (np. dotyczącymi nabycia własności)⁴⁸. Jak widać, przykłady znamion normatywach i wyróżniających je reguł sensu można mnożyć. W prezentowanym ujęciu reguły sensu, wyznaczając warunki prawnej doniosłości czynności konwencyjnej, zawierają się w regułach znaczeniowych, stanowiąc *essentialia negotii* charakterystyczne jedynie dla omawianej grupy pojęć. Dodać należy, że część zachowań (czynności psychofizycznych), do których mają zastosowanie reguły sensu, na płaszczyźnie językowej odczytywana jest jako tzw. wypowiedzi performatywne, co można synonimicznie określić jako wypowiedzi „twórcze” czy w zakresie analizowanych zagadnień „fakty prawotwórcze”⁴⁹.

Warto zaznaczyć, że niekiedy trudne może być określenie reguł walidacyjnych towarzyszących pojęciom. Odwołując się do przykładu, Sąd Najwyższy analizując znamię „bez zgody”, wysłowione w art. 192 k.k., stanął na stanowisku, że zgoda ta nie musi być wyrażona w sposób pisemny określony w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. z 2015 r., poz. 464 t.j.), wprost stwierdzając, że „nieudokumentowanie na piśmie zgody pacjenta na wykonanie zabiegu leczniczego określonego w art. 34 ust. 1 ustawy (...), faktycznie przez niego udzielonej w innej niż pisemna formie, nie mieści się w zakresie pojęcia »bez zgody« znamionującego typ przestępstwa opisanego w art. 192 § 1 k.k.”⁵⁰. Tym samym, SN przesądził, że rzeczona kwalifikowana forma wyrażenia zgody nie jest istotna z punktu widzenia analizowanego znamienia, jednakże rangę taką przyznał m.in. wymogowi świadomości po stronie wyrażającego zgodę, swobodzie w decydowaniu, jasnemu wyrażeniu woli, itd.⁵¹.

⁴⁶ Zob. art. 263 § 1-3 k.k.

⁴⁷ Zob. art. 278 § 1 k.k.

⁴⁸ Zob. bardzo trafne uwagi W. Woltera dotyczące rozróżnienia znaczenia pojęć „własność”, „posiadanie” i „władztwo”, *idem*, *Normative Tatbestandsmerkmale*, s. 461-462.

⁴⁹ Zob. m.in. W. Patryas, *Performatywy w prawie*, Poznań 2005, *passim*.

⁵⁰ Szerzej zob. postanowienie SN z dnia 10 kwietnia 2015 r., III KK 14/15, www.sn.pl.

⁵¹ *Ibidem*.

Poszukując istoty znamion normatywnych, trzeba zatem wskazać na nadawanie rzeczywistości znaczenia, które nie da się uzasadnić z punktu widzenia czysto faktycznego (przyrodniczego) właśnie przez oparcie się na prawnych elementach sztucznych, wymyślonych przez człowieka, oddawanych przez reguły sensu pozwalających zarazem na „skuteczne” odniesienie nazwy (znaczenia) do danego elementu rzeczywistości. Tym samym, trzeba mieć świadomość, że znamiona normatywne stanowią tylko część pojęć instytucjonalnych, gdyż odnoszą się one jedynie do znaczeń, które wywodzą się z prawa. Oczywiście jest, że w codziennym życiu odwołujemy się często w sposób nieuświadomiony do wielu instytucji, które mają własne znaczenia i składające się nań reguły sensu, co do zasady od prawa niezależne (np. wspomniane reguły gier czy gesty towarzyskie, którym kulturowo przypisuje się znaczenia szczególne, ale także mniej ewidentne, jak choćby obrzędy religijne czy reguły składające się na tzw. „dobre wychowanie”). Z drugiej strony, lektura Kodeksu karnego i ustaw pozakodeksowych zawierających regulacje karne pozwala na stwierdzenie, że znamiona normatywne są bardzo liczne w systemie prawa, co wynika już chociażby tylko z faktu szerokiej „konstytutywnej” regulacji prawnej stosunków społecznych, których naruszenie poddane jest odpowiedzialności karnej (tylko przykładowo wskazać można, że znamiona normatywne oprócz wcześniej wskazanych to także m.in. pojęcie pieniądza, papieru wartościowego, organu postępowania, Prezydenta RP, Sejmu, organu państwowego, dłużnika i wierzyciela czy przetargu publicznego).

Ważne jest przy tym, że znaczenie znamion normatywnych jako pojęć instytucjonalnych jest o tyle wiążące, o ile wiążące są normy prawne, które je wyznaczają. Jest to istotna różnica w porównaniu z pojęciami instytucjonalnymi, których reguły konstytutywne nie mają umocowania prawnego. W ich przypadku związanie znaczeniem ma podłożone społeczne, kulturowe czy emocjonalne i jako takie nie musi się cechować trwałością. Istotne jest również, że w przypadku znamion normatywnych prawo co do zasady językowo komunikuje ich znaczenie (co wiąże się z formalnym ich określeniem w aktach prawnych), co znacznie upraszcza ich właściwe zrozumienie (tylko posiłkowo i niejako wtórnie będzie należało się tu odwoływać do kontekstu społecznego, często mglistego i niejednoznacznego). W szerszej perspektywie można zatem wskazywać, że znamiona normatywne cechują się społeczną świadomością wyznaczających je reguł (co w literaturze określane jest mianem *collective commitment*)⁵².

⁵² Zob. K. Chrobak, *O faktach instytucjonalnych*, s. 29.

Powyższe uwagi umożliwiają podanie definicji znamienia normatywnego. I tak, znamię normatywne, jako element składowy typu czynu zabronionego, jest pojęciem, którego treść ukształtowana jest przez normy prawne. Tym samym, znamię takie nadaje rzeczywistości pozajęzykowej znaczenie, które nie jest jej psychofizycznie przynależne. Znamię takie zawiera w sobie regułę(y) sensu, która określa warunki ważności określonych zachowań, rzeczy czy stanów (czynności konwencjonalnych). Uznanie, że dane pojęcie jest znamieniem normatywnym, uniemożliwia zarazem jego bezpośrednie odniesienie do rzeczywistości. Przykładowo, stwierdzenie, że rzecz jest „cudza”, czy że określone osoby są „powinowate”, nie jest możliwe jedynie w oparciu o kryterium czysto faktyczne (co już byłoby możliwe przy rozpatrywaniu „pokrewieństwa”). Cechy znaczeniowe odnosząc się do faktów, pozwalają je właściwie zrozumieć, ale same faktami nie są.

Podkreślić przy tym należy, że optymalną procedurą weryfikującą istnienie znamienia normatywnego jest wskazywany na początku rozważań test negatywny polegający na rozpatrzeniu, czy sens pojęcia i wyznaczonego przez nie desygnatu, zostaje zachowany w razie hipotetycznego uchylenia norm prawnych, przez które jest ono kształtowane. Odpowiedź negatywna przesądza o wystąpieniu znamienia normatywnego, przykładowo: analizując pojęcie własności (istotne przy wyznaczaniu znaczenia cudzości), należy zastanowić się, czy pojęcie to miałoby jakkolwiek sens w ustroju anarchistycznym.

Zaprezentowany sposób postrzegania znamion normatywnych ma istotne konsekwencje, gdyż część znamion bezsprzecznie uznawanych za pojęcia prawne, np. z uwagi na posiadanie definicji legalnej, nie może być zaliczona do omawianej grupy. Przykładowo „broń palna” mająca definicję w art. 7 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji⁵³, czy „środki odurzające” definiowane w art. 4 pkt 26 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁵⁴, czy „stan nietrzeźwości” określony w art. 115 § 16 k.k. nie są znamionami normatywnymi (są zatem znamionami regulatywnymi). Ewentualne wykreślenie wskazanych definicji nie spowoduje bowiem, że elementy rzeczywistości denotowane przez te pojęcia przestaną mieć swoje pierwotne „naturalne” znaczenie. Pojęcia te nie nadają rzeczywistości nowego znaczenia, nie przypisują jej intencjonalnego sensu. Pozwalają one jedynie na prawne opisywanie istniejącej rzeczywistości, co w praktyce oznacza segregowanie jej

⁵³ Dz.U. 2014, poz. 295 tj.

⁵⁴ Dz.U. 2012, poz. 124 tj.

elementów w celu zastosowania do nich norm prawnych (tj. do wiązania z określonymi faktami konsekwencji prawnych)⁵⁵. Innymi słowy, ich znaczenie nie jest nadane przez normy prawne, a na potrzeby norm prawnych, co przesuwając rozważania w stronę tzw. znamion technicznoprawnych

Zaprezentowane postrzeganie znamion normatywnych ma również swoje wady⁵⁶. Z jednej strony wskazywać można na niepewność co do pojmowania określonych pojęć, co w konsekwencji przekłada się na trudność w zaliczeniu ich do omawianej grupy znamion. W części wiąże się to z możliwą homonimicznością i polisemicznością pojęć, co oznacza że przykładowo „lekarza” można postrzegać jako osobę, która leczy (znaczenie nienormatywne), jak również jako podmiot, który posiada kierunkowe wykształcenie potwierdzone stosownymi egzaminami państwowymi (znaczenie normatywne)⁵⁷. Problem ten ma jednak charakter subiektywny i jako taki może być dość łatwo rozwiązany poprzez odwołanie się do dyrektyw wykładni. Kłopotliwe przy znamionach normatywnych jest również określanie treści pojęć przez niesprecyzowane, tj. pochodzące z wielu aktów prawnych, normy, co oznacza ich bardzo dużą ogólność (np. pojęcie „urzędnik”). Komplikacje wprowadza również wspomniana wieloszczeblowość pojęć instytucjonalnych, co wiąże się z odwoływaniem się do innych pojęć instytucjonalnych. Jednakże największą wątpliwość wzbudza zagadnienie ujmowania jako znamion normatywnych pojęć, które wiążą się nie tyle z normami prawnymi, co z ich przekroczeniem. Jako przykład posłużyć może pojęcie „szkody”, jednoznacznie wszak rozumiane w prawie cywilnym jako rzeczywisty uszczerbek (*damnum emergens*) i utracone korzyści (*lucrum cesans*). O ile zatem prawne postrzeganie wskazanego pojęcia nie budzi wątpliwości, o tyle powstają one co do rozstrzygnięcia, czy znaczenie tego pojęcia jest wyznaczane przez normy prawne i czy wiążą się z nim reguły walidacyjne. Analogiczne w przypadku pojęć, które posiadają identyfikację karnoprawną, ale ich znaczenie co najmniej nawiązuje do norm z innych gałęzi prawa, np. pojęcie „przywłaszczenia” (które definiuje się przez przyrównanie do prawa

⁵⁵ Konsekwencje te, rozpatrywane na płaszczyźnie norm, mogą już mieć charakter instytucjonalny.

⁵⁶ Analogicznie, w filozofii i językoznawstwie wskazuje się na szereg komplikacji wiążących się z przyjęciem teorii J. Searla, polegającej na rozróżnieniu faktów prostych i instytucjonalnych, m.in. kwestionuje się możliwość podania terminów czysto empirycznych (tak np. D. Hillel-Ruben, *John Searle's The Construction of Social Reality*, „Philosophy and Phenomenological Research” 1997, nr 2, s. 443 i n.).

⁵⁷ Jak wskazał W. Wolter, podając zbieżny przykład „Znamię lekarz może być znamieniem normatywnym, ale nie musi, jeżeli wykonywanie praktyki lekarskiej nie jest pochodną wymogów prawnych (tłum. S. Ż.)”, *idem, Normative Tatbestandsmerkmale*, s. 463.

własności⁵⁸), a w konsekwencji także pojęcie „kradzieży”. Charakterystyczne, że ostatnie pojęcia wiążą się ze złamaniem warunków dotyczących nabywania własności, a konkretnie z kwalifikowanym niedochowaniem reguł walidacyjnych. Tym samym, ich znaczenie nie jest i nie może być bezpośrednio określane przez normy wyznaczające własność, co skłania do zanegowania ich „znaczenia normatywnego”⁵⁹, choć, z drugiej strony, element normatywny jest nieodzowny przy ich definiowaniu – co pozwala określić je mianem niewłaściwych znamion normatywnych (tylko na marginesie należy zaznaczyć, że pozytywnie poddają się one zaproponowanemu powyżej testowi negatywnemu).

Dostrzegając wskazane ułomności znamion normatywnych, uznać jednak należy, że ich wyróżnienie jest bardzo cenne. Ukazują one bowiem, że typ czynu zabronionego opisywany jest przez pojęcia, które same w sobie „zawierają” normy czy kompleksy norm prawnych, cechując się przy tym samodzielnością dyspozycji – czym odróżniają się od pojęć blankietowych. W praktyce wiąże się to z kwalifikowanymi wymogami co do rozumienia pojęć użytych w przepisach prawnych, wyrażającymi się w konieczności uwzględniania pozakarnych porządków normatywnych już tylko przy analizie semantycznej. Z drugiej strony, istnienie wskazanych znamion ma ważne znaczenie w perspektywie wymogów odnoszonych do świadomości sprawy i związanych z nimi relevantnymi karnoprawnie błędami

Normative Features in a Semantic and Institutional Approach

The paper is dedicated to the issue of normative features. The adopted objective of the article is to cast light on problems that arise in an analysis of normative features. Among other things, the article attempts to clarify contentious issues related to approaching normative features as evaluative or descriptive. There are broad considerations that pertain to the institutional understanding of these features; these considerations are connected with distinguishing constitutive rules within their content, i.e. rules that bestow the psychophysical reality with a new sense that is unknown outside of the law.

⁵⁸ Zob. Z. Wiernikowski, *Przywłaszczenie jako znamię czynów zabronionych przez ustawę*, w: Z. Jędrzejewski, M. Królikowski, Z. Wiernikowski, S. Żółtek (red.), *Między nauką a praktyką prawa karnego, Księga Jubileuszowa Profesora Lach Gardockiego*, Warszawa 2014, s. 373 i n.; Por. też uwagi W. Woltera, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie...*, s. 466.

⁵⁹ Por. W. Wolter, *Normative Tatbestandsmerkmale*, s. 466–467.

A discussion of the aforementioned issues was attempted in reference to representatives of the doctrine of criminal law, as well as to the theory of law and the theory of language.

Witold Zontek*

Skazujące wyroki zagraniczne i kara łączna: Między postulatami a rzeczywistością

Niniejszy artykuł porusza kwestie aktualności zakazu obejmowania kar z wyroków wydanych przez sądy państw członkowskich UE węzłem kary łącznej (wyrokiem łącznym) po dniu 1 lipca 2015 r. Chodzi o tożsamość rozwiązań przyjętych w uchylonym art. 92a k.k. i nowym art. 85 § 4 k.k., zwłaszcza w kontekście istotnej zmiany brzmienia art. 114a k.k. Nowelizacja Kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r. w tym zakresie wydaje się nie uwzględniać w dostatecznym stopniu rozwiązań przewidzianych w Kodeksie postępowania karnego, a traktujących m.in. o przejmowaniu do wykonania takich wyroków. Artykuł omawia potencjalne wątpliwości i prezentuje ścieżki argumentacyjne przydatne dla ich rozwiązania.

I.

Tzw. wielka nowelizacja Kodeksu karnego¹ wprowadziła wiele mniej lub bardziej nowatorskich zmian w dotychczasowych regulacjach prawa karnego materialnego. Jedną z nich jest modyfikacja brzmienia art. 114a k.k., która wprowadza do prawa karnego definicję wyroku skazującego oraz art. 85 § 4

* Asystent w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, asystent w Izbie Karnej Sądu Najwyższego.

¹ Por. nowela z 20 lutego 2015 r.

k.k., który stanowi o tym, że karą łączną nie obejmuje się kar orzeczonych wyrokami, o których mowa w art. 114a k.k.² Zmiana tych dwóch przepisów – wydawałoby się, że jedynie redakcyjna³ – powoduje kilka pytań związanych z rzeczywistym zakresem ich zastosowania. Pewna kontrowersja na temat art. 85 § 4 k.k. zarysowała się podczas Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego w maju 2015 r. pomiędzy uczestnikami dyskusji. Otóż pojawiły się dwa przeciwstawne stanowiska co do tego, czy rzeczywiście nie można węzłem kary łącznej objąć wyroków wydanych w innym państwie UE, a przekazanych Polsce do wykonania. Z jednej strony padł argument, że wyrok taki (po przeprowadzeniu procedury *exequatur*) staje się w pełnym zakresie podstawą wszelkich decyzji procesowych i wykonawczych, do jakich uprawnione i zobowiązane są polskie sądy. Został on jednak skontrowany powołaniem się na jednoznaczne brzmienie art. 85 § 4 k.k.⁴

Zastanówmy się zatem, jakie argumenty można zaprezentować, by zidentyfikować rzeczywisty zakres zastosowania art. 85 § 4 k.k. Zwłaszcza, czy przepis ten w interesującym nas aspekcie rzeczywiście jest tak jednoznaczny. Zauważyć należy, że w odniesieniu do art. 92a k.k.d.b. powszechnie w doktrynie przyjmowano, że wyroku unijnego nie można objąć węzłem kary łącznej. Doktryna zdawała się traktować tę kwestię jako oczywistą⁵. W odniesieniu do wyroków wydanych przez państwa członkowskie UE, źródłem powyższej tezy są dwie decyzje ramowe traktujące o tym zagadnieniu⁶:

² Uprzednio odpowiednikiem tego przepisu był art. 92a k.k. „Wyrokiem łącznym nie obejmuje się orzeczeń skazujących wydanych w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej” (dalej: k.k.d.b. – k.k. w dawnym brzmieniu).

³ Wszak art. 114a k.k. został wprowadzony do k.k. w 2011 r.

⁴ Zapis wideo dyskusji oraz referatu SSA D. Kali na stronie: <http://www.czpk.pl/index.php/wideo/bielanskie-kolokwium-karnistyczne/xii-bielanskie-kolokwium-karnistyczne-2015-r>, dostęp: 1 lipca 2015.

⁵ Por. w zakresie wykładni art. 92a k.k.d.b. m.in. P. Hofmański, w: M. Filar et. al. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, wyd. 4; J. Raglewski, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz.*, Warszawa 2012, wyd. 4; P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa et al. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2014.

⁶ Poza polem moich analiz pozostaje decyzja ramowa 2008/947/WSiSW o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków i decyzji w sprawie zawieszenia lub warunkowego zwolnienia w celu nadzorowania przestrzegania warunków zawieszenia i obowiązków wynikających z kar alternatywnych oraz decyzja ramowa w sprawie ENA – w takim zakresie, w jakim dochodzi do zwrotnego przekazania do Polski osoby przekazanej do innego państwa członkowskiego i tam osądzonej (art. 607t k.p.k.), lub w przypadku odmowy przekazania obywatela polskiego w celu wykonania kary, kiedy to kara z wyroku zagranicznego musi zostać wykonana w Polsce (art. 607s § 3 k.p.k.). Uważam, że ich rozwiązania jedynie pomocniczo mogą zostać wykorzystane w analizie problematyki modyfikacji kar przejętych do wykonania. Na potrzeby niniejszego artykułu pozostawię je zatem bez głębszego omówienia.

- decyzja ramowa 2008/909/WSiSW z 27 listopada 2008 r. o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności lub inny środek polegający na pozbawieniu wolności – w celu wykonania tych wyroków w Unii Europejskiej (implementowana w rozdziale 66g k.p.k.; dalej: decyzja o uznawaniu);
- decyzja ramowa 2008/675/WSiSW z 24 lipca 2008 r. w sprawie uwzględniania w nowym postępowaniu karnym wyroków skazujących zapadłych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (dalej: decyzja o uwzględnianiu).

Decyzja ramowa o uwzględnianiu orzeczeń wyraźnie przesądza w art. 3 ust. 3, że uwzględnienie wyroków unijnych nie może skutkować ich naruszeniem, uchyceniem ani rewizją ze strony państwa członkowskiego prowadzącego nowe postępowanie. Z kolei w motywie nr 14 decyzji czytamy, że owo naruszenie ma miejsce np. wtedy, gdy zgodnie z prawem krajowym państwa uwzględniającego kara nałożona uprzednim wyrokiem zostaje zaliczona na poczet innej kary lub włączona do innej kary, która ma być następnie w skuteczny sposób wykonana, w zakresie, w jakim pierwszy wyrok nie został jeszcze wykonany lub w jakim jego wykonanie nie zostało przekazane temu państwu. Wskazywałoby to niezbicie, że łączenie kary wynikającej z orzeczenia skazującego innego Państwa UE nie jest rzeczywiście możliwe. Jedyne ingerencje w to orzeczenie jest przewidziany w motywie 9 decyzji, który pozwala na to, by obniżyć odpowiednio wymiar kary, jeżeli taka możliwość miałaby miejsce w przypadkach czysto krajowych, a sąd uzna, że nałożenie kary w pewnym wymiarze w granicach określonych przez prawo krajowe byłoby niewspółmierne surowe w stosunku do sprawcy, zważywszy na jego położenie, i jeżeli cel kary może zostać osiągnięty za pomocą niższego wyroku. Należy jednak zwrócić uwagę na motyw nr 6 decyzji, który stanowi o tym, że jej rozwiązania, w odróżnieniu od innych instrumentów, nie mają na celu wykonywania w jednym państwie członkowskim orzeczeń sądowych wydanych w innych państwach członkowskich, lecz wyłącznie umożliwienie wiązania skutków z uprzednimi wyrokami skazującymi zapadłymi w jednym państwie członkowskim w toku nowego postępowania karnego w innym państwie członkowskim w zakresie, w jakim na mocy prawa krajowego tego drugiego państwa członkowskiego uwzględnia się uprzednie krajowe wyroki skazujące.

Z kolei decyzja o uznawaniu orzeczeń w art. 8 ust. 2 do 4 przewiduje bardzo restrykcyjne zasady procedury *exequatur*. Zasadniczo nie jest dopuszczalna jakakolwiek ingerencja w karę przekazaną oprócz mechanicznego obniżenia jej

do maksymalnego wymiaru kary w systemie krajowym, lub dostosowaniu rodzaju kary w przypadku rozbieżności. Natomiast decyzja ta pozostawia państwu swobodę wykonania kary w przedmiocie postępowania wykonawczego (art. 17), jednakże w art. 19 zastrzega, że wyłącznie państwo wydające może rozstrzygać wnioski o rewizję wyroku nakładającego karę, która ma być wykonana zgodnie z tą decyzją ramową.

II.

Lektura powyższych dwóch decyzji powoduje, że należy zastanowić się w pierwszej kolejności nad zakresem ich normowania. Czym innym musi być przecież uwzględnianie orzeczenia w kolejnym postępowaniu, a czym innym uznawanie wyroku. Mechanizmem związanym z wykonywaniem orzeczeń zapadłych w innym kraju UE, o którym stanowi przytoczony wyżej motyw nr 6 decyzji o uwzględnianiu, jest właśnie m.in. decyzja o uznawaniu orzeczeń. W przeciwieństwie do tej pierwszej zawiera ona zarys rozbudowanego mechanizmu procesowego przejmowania do wykonania orzeczenia skazującego na karę pozbawienia wolności. Z drugiej jednak strony ten obraz nieco burzy wspomniana regulacja decyzji o uwzględnianiu, która zabrania naruszania wyroku unijnego. Wydaje się zatem, że jedynym racjonalnym kierunkiem argumentacji w przedmiocie wzajemnej relacji postanowień tych dwu decyzji jest uznanie, że:

- decyzja o uznawaniu przewiduje mechanizm procesowy (o technicznym wymiarze) związany z przekazaniem do wykonania konkretnego wyroku unijnego, natomiast
- decyzja o uwzględnieniu jest do niej komplementarna w tym sensie, że przewiduje mechanizm uwzględniania w nowym postępowaniu wyroków unijnych niezależnie od tego, czy zostały przekazane do wykonania w innym państwie w stosownym trybie (*lex generalis*).

Pogląd ten stanowi uzasadnienie, że decyzja o uznawaniu wyczerpująco reguluje jedynie materię związaną z indywidualnym rozstrzygnięciem sądowym innego państwa UE (m.in. sposobem dostosowania konkretnej kary, zasadą podwójnej karalności itp.), natomiast decyzja o uwzględnianiu reguluje już relację kontekstową pomiędzy różnymi postępowaniami i wyrokami. Należy zwrócić uwagę, że w przytaczanym motywie 14 decyzji o uwzględnianiu zaakcentowano zakaz zaliczenia kary z wyroku unijnego na poczet innej kary lub włączenia do innej kary, niezależnie od tego, czy kara ta miałaby być wykonywana

(a więc należy domniemywać – przekazana w stosownym trybie), czy też nie-przekazana do wykonania. Zakaz ten obejmuje niezwykle szeroki wachlarz przypadków, co należy podkreślić – także nieznanymi polskiej ustawie⁷.

III.

Ustaliwszy więc wzajemną relację tych dwu dyrektyw, należy zastanowić się, czy ich implementacja do naszego systemu prawnego pozwala na poziomie krajowym podjąć podobne rozważania.

Decyzja o uznawaniu jest implementowana w rozdziale 66g k.p.k., natomiast decyzja o uwzględnianiu stanowi podstawę art. 114a k.k. oraz art. 85 § 4 k.k. Nowe brzmienie art. 114a k.k. jednak nie stanowi już o uwzględnianiu wyroku, lecz wprowadza definicję wyroku skazującego, przesądzając, że na gruncie polskiego prawa karnego należy przez to rozumieć także orzeczenie skazujące, zapadłe w innym kraju UE⁸. Definicja ta ma zastosowanie zarówno na gruncie prawa materialnego, jak i wykonawczego⁹. Jednak „zasięg” przepisu art. 114a k.k. w prawie procesowym nie jest już tak oczywistą kwestią.

Przyjrzyjmy się rozwiązaniom wspomnianego rozdziału 66g k.p.k., a zwłaszcza art. 611tk przewidującego negatywne przesłanki wykonania wyroku. Otóż jedną z nich jest to, że czyn, w związku z którym wydano orzeczenie, nie stanowi przestępstwa według prawa polskiego. Jednakowoż z jednym zastrzeżeniem – nie dotyczy to przypadku, gdy czyn taki nie stanowi przestępstwa z powodu braku lub odmiennego uregulowania w prawie polskim odpowiednich opłat, podatków, ceł lub zasad obrotu dewizowego¹⁰. Innym przykładem rozbieżności pomiędzy omawianymi regulacjami jest art. 611tl k.p.k., który przewiduje procedurę konwersji kary polegającej na pozbawieniu wolno-

⁷ Nie ma w polskim prawie karnym regulacji, która pozwalałaby na wykonanie kary orzeczonej w wyroku skazującym wydanym w innym kraju UE bez uprzedniego przejęcia takiej kary w odpowiednim trybie.

⁸ Szersze omówienie charakteru nowelizacji w tym zakresie zob. W. Zontek, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, rozdział 2.4.

⁹ *Ibidem*; tak też twierdzą m.in. S. Buczman, R. Kierzyńska, *Nowelizacja prawa karnego z zakresu współpracy sądowej w UE – uwagi na temat recydywy europejskiej i ENA*, EPS 2011, nr 9, podobnie W. Zontek, w: W. Wróbel, *Nowelizacja...*, rozdział 2.4.2.1.

¹⁰ Chodzi zapewne o te typy czynów, które penalizują brak uiszczenia określonych, specyficznych dla danego porządku prawnego opłat, bądź niestosowania się do przepisów związanych z ich obliczaniem, organizacją itp.

ści nieznaną ustawie polskiej na taką, która jest w naszym systemie przewidziana¹¹. Oznaczałoby to, że do wykonania może zostać przejęty wyrok skazujący za czyn niestanowiący przestępstwa na gruncie polskiej ustawy lub za który orzeczono karę formalnie nieznaną polskiej ustawie – tyle, że tego rodzaju orzeczenia, w myśl art. 114a k.k., w ogóle nie stanowią wyroku skazującego¹². Konsekwentnie należałoby uznać, że na podstawie rozdziału 66g przejęliśmy do wykonania i będziemy wykonywać orzeczenie, które nie jest wyrokiem skazującym w rozumieniu, zdawałoby się, systemowej definicji.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że definicja zawarta w art. 114a k.k. nie rozciąga się na k.p.k. w tym zakresie, w jakim przewiduje on autonomiczną regulację związaną ze współpracą między państwami UE w zakresie uznawania i przejmowania do wykonania wyroków. Taka teza może być zasadna w świetle faktu, że przepisy k.p.k. implementują inne mechanizmy decyzji ramowych, dotyczące precyzyjnie określonej materii¹³. Jak już jednak zostało wcześniej zasygnalizowane, wskazane jest przyjęcie, że decyzja o uwzględnianiu uzupełnia – jako rozstrzygnięcie stanowiące *legi generali* – zasady współpracy wewnątrzunijnej w interesującym nas przedmiocie.

Dlaczego te subtelności miałyby dla nas jakiegokolwiek znaczenie? W perspektywie kary łącznej jest to niezwykle ważne, gdyż art. 85 § 4 k.k. odnosi się wprost do wyroków określonych w art. 114a k.k., a nie jak jego poprzednik (art. 92a k.k.d.b.) do znacznie szerszej grupy orzeczeń skazujących wydanych w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Z uwagi na powyższe wydaje się, że karą łączną teoretycznie można byłoby objąć ów przejęty do wykonania wyrok, o którym mowa w art. 611tk § 2 k.p.k.

¹¹ O tym, o jaką karę chodzi, pisze S. Steinborn „Wydaje się, że nie chodzi tu jednak o karę, w przypadku której jedynym elementem odróżniającym rodzajowo jest okres orzekanego pozbawienia wolności (np. kara 30 lat pozbawienia wolności, kara 50 lat pozbawienia wolności). Karą nieznaną polskiej ustawie w rozumieniu art. 611tk § 2 jest kara, która na pozbawieniu wolności polega, jednak z uwagi na swe inne cechy, takie jak szczególnie tryb jej wykonania (np. tzw. kara »weekendowa«), dodatkowe obowiązki z nią się wiążące (np. umieszczenie w ośrodku pracy), rodzajowo odmienna jest od kary pozbawienia wolności. Jeżeli taka kara zostanie przejęta do wykonania w Polsce, podlega ona wykonaniu jako kara pozbawienia wolności i zgodnie z zasadami obowiązującymi w prawie polskim co do tej kary”. – S. Steinborn, w: L.K. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*, LEX 2015.

¹² § 1. Wyrokiem skazującym jest również prawomocne orzeczenie skazujące za popełnienie przestępstwa wydane przez sąd właściwy w sprawach karnych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, **chyba że według ustawy karnej polskiej czyn nie stanowi przestępstwa**, sprawca nie podlega karze **albo orzeczono karę nieznaną ustawie** (podkr. W.Z.).

¹³ Decyzje te, tak jak chociażby decyzja o uznawaniu przewidują własne definicje pojęcia „wyrok”. Art. 1 wskazanej decyzji stanowi, że „»wyrok« oznacza prawomocne orzeczenie lub nakaz sądu państwa wydającego nakładające karę na osobę fizyczną”.

(związany np. z brakiem uiszczenia daniny nieznanej polskiemu prawu), lub na podstawie art. 611tł k.p.k. wyrok zawierający karę nieznaną polskiej ustawie. Konsekwencja ta jawi się jako nieracjonalna i niezamierzona przez ustawodawcę, brak bowiem jakichkolwiek racji, by w ramach przejętych do wykonania wyroków unijnych jedno obejmować karą łączną, a inne nie. Zresztą wspomniany motyw nr 14 decyzji o uwzględnianiu w tej materii nie wprowadza wyjątków.

IV.

Nowelizacja k.k. w zakresie, w jakim zmodyfikowała brzmienie art. 114a k.k., z jednej strony wprowadziła do tego przepisu konieczne zmiany¹⁴, z drugiej, poprzez brak synchronizacji z odpowiednimi regulacjami k.p.k., doprowadziła do trudnych do uzasadnienia konsekwencji. Najprostszą receptą na zaistniałą rozbieżność jest postulat powrotu do szerokiego ujęcia zakazu obejmowania karą łączną wyroków zapadłych w innym państwie UE, a obecnego w art. 92 k.k.d.b. Wtedy nic nie stałoby na przeszkodzie, by w pełni respektować zasadę autonomii rozstrzygnięć rozdziału 66g k.p.k. w optyce pojęć, jakimi się on posługuje, i konsekwentnie uznać, że nie ma do niego zastosowania art. 114a k.k.

Naturalnie można także próbować przedstawić argumentację, by nawet przy obecnym brzmieniu art. 85 § 4 k.k. pozbyć się dylematów związanych z karą łączną w omawianym aspekcie. Skoro karą łączną można objąć wyłącznie (z zastrzeżeniem art. 89 k.k.) kary podlegające wykonaniu, zatem wyrok, z jakiego one wynikają, musi być „zdatny” do wykonania na podstawie k.k.w. Oznacza to, że zastosowanie odpowiednich przepisów dotyczących łączenia kar może mieć miejsce jedynie w przypadku wyroku przejętego do wykonania w stosownym trybie, tj. rozdziału 66g k.p.k.¹⁵ W orzecznictwie pojawiają się jednak dwa przeciwstawne stanowiska co do dalszego sposobu procedowania w takiej sytuacji. Wyrażono pogląd dotyczący wykładni zawartego w art. 589 § 1 k.p.k. sformułowania „wyrokami różnych sądów”, który stanowi, że wyrok łączny mogą kreować jedynie wyroki sądów polskich: powszechnego i szczególnych, i nie obejmuje on prawomocnych orzeczeń skazujących obywatela

¹⁴ O tym szerzej W. Zontek, w: W. Wróbel, *Nowelizacja...*, rozdział 2.4.

¹⁵ Poza polem rozważań pozostawiam tzw. zwrotne przekazanie w ramach wykonania ENA – por. art. 607s § 3 k.p.k.), do którego wszakże stosujemy te same reguły z uwagi na § 5 tegoż przepisu.

polskiego przez inne państwa, nawet wówczas, gdy zostały one skutecznie przejęte do wykonania w Rzeczypospolitej Polskiej¹⁶.

Natomiast nieco złagodzoną wersję przyjął Sąd Najwyższy¹⁷ podkreślając, że dopuszczalność pewnego zmodyfikowania sankcji karnych zawartych w wyroku przejętym do wykonania przez państwo jego wykonania, wbrew generalnej zasadzie, iż do zmiany wyroku przejętego do wykonania upoważnione jest państwo wydania tego wyroku, wynika bezpośrednio z postanowień konwencyjnych i dwustronnych. Podkreślono dalej, że wydanie wyroku łącznego nie przekreśla istoty wyroku jednostkowego, uznając za nienaruszalne elementy najbardziej ważne dla jego bytu, jakimi są stwierdzenie winy i przypisanie sprawstwa konkretnie określonego czynu. Natomiast o nienaruszalności tych rozstrzygnięć, zdaniem SN, pośrednio świadczy instytucja utraty mocy wyroku łącznego z powodu okoliczności, o których mowa w art. 575 § 1 i 2 k.p.k. SN zatem nakazuje poszukiwać ewentualnego zakazu łączenia kar w konkretnym umowach międzynarodowych lub przepisach prawa krajowego. Przykładem takiego rozwiązania może być art. 99 umowy o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, zawartej 16 września 1996 r. w Warszawie pomiędzy Polską a Rosją, zgodnie z którym „w stosunku do osoby przekazanej w celu odbycia kary do Państwa wykonania wyroku, skutki prawne skazania są takie same, jak w stosunku do osób skazanych w tym Państwie za popełnienie takiego czynu”. Przesądza to, zdaniem SN, że karę z wyroku rosyjskiego sądu przejętego do wykonania na podstawie stosownych konwencji i regulacji rajowych można połączyć węzłem kary łącznej.

Czy zatem możemy odnaleźć podobny przepis w naszym porządku prawnym? Rozwiązanie zawarte w art. 611tl. § 1 k.p.k., odwołując się do mechanizmu przewidzianego w art. 607s § 4 k.p.k., można interpretować jako zawierające zamknięty katalog czynności polskiego sądu w odniesieniu do przejętego do wykonania orzeczenia zapadłego w innym państwie UE. Obejmuje on określenie przez sąd:

- kwalifikacji prawnej czynu według prawa polskiego,
- podlegającej wykonaniu kary lub środka według prawa polskiego, w wysokości odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia, uwzględniając okres rzeczywistego pozbawienia wolności za granicą oraz wykonaną tam karę lub środek, jeżeli kara lub środek, orzeczone przez organ sądowy

¹⁶ Tak m.in. postanowienie SA w Katowicach z 3 marca 2011 r., II AKz 685/11, „Prok. i Pr.” 2012, nr 3, poz. 25.

¹⁷ Jednak – co należy z całą stanowczością podkreślić – orzekający jeszcze w rzeczywistości normatywnej zawierającej art. 92a k.k.d.b.

państwa wydania nakazu europejskiego, przekracza górną granicę ustawowego zagrożenia.

Jedynie przy takim kierunku zawężającej wykładni można wskazać, że brak jest upoważnienia dla polskiego sądu do podejmowania innych niż wskazane czynności proceduralnych. Wykluczałoby to w takim zakresie stosowanie przepisów o wyroku łącznym. Jest to, moim zdaniem, kierunek o tyle „atrakcyjny”, że uniezależnia nas od art. 114a k.k. Oczywiście można także twierdzić, że oprócz podanych przeze mnie dwóch przykładów przejście do wykonania orzeczeń, które nie są wyrokami skazującymi wedle tego przepisu, pokrywa on wszelkie inne konfiguracje. Wtedy jednak interpretator musiałby podać klarowne rozstrzygnięcie tych dwóch przypadków.

V.

Zdaję sobie sprawę, że problematyka współpracy międzynarodowej w przedmiocie ściągania oraz wykonywania orzeczeń sądów zagranicznych na gruncie polskiego prawa ma charakter niezwykle złożony, a przedstawione w niniejszym artykule rozważania stanowią jedynie przyczynek do dyskusji. Warto jednak pochylić się bliżej nad coraz bardziej zacieśniającymi się relacjami pomiędzy prawem procesowym, materialnym i wykonawczym, które nowela z dnia 20 lutego 2015 r. doskonale uwypukliła.

Foreign SENTENCES and aggregate penalty: postulates v. reality

This paper focuses on the issue of the validity of the inadmissibility of aggregating of penalties imposed in a sentence passed in another member state of the European Union after the 1st of July 2015. Are the regulations provided for in the repealed art. 92a cc and in the newly introduced art. 85 § 4 cc correspondent, especially with regard to the significant changes of the body of art. 114a cc? The amendment of the criminal code that enters into force on the 1st of July 2015 seems to be insufficiently acknowledging the regulations provided for in the code of criminal procedure. The CPC provides detailed guidelines for mutual recognition and the enforcement of sentences passed in another member state of the European Union by the Polish justice system. The paper discusses

potential problems that might arise with regard to the amendment and presents arguments that may prove expedient in dealing with such problems.

Valeri Vachev*

Rozwój instytucji zgody dysponenta dobrem i jej miejsce w strukturze przestępstwa

Niniejszy artykuł poświęcony jest problematyce zgody dysponenta dobrem i jej miejsca w strukturze przestępstwa. Podstawowym celem tekstu jest przedstawienie stanowisk prezentowanych w tym zakresie w polskiej oraz niemieckiej nauce prawa karnego. Głównym założeniem przeprowadzonej analizy jest ukazanie wyraźnie rysujących się różnic w poglądach doktryny na rolę i funkcję zgody. Przedstawiając powyższe zagadnienia autor skupia się na potencjalnych skutkach przyjęcia bądź odrzucenia tezy o dwoistym charakterze zgody w prawie karnym, w szczególności na wynikających stąd rozbieżności w zakresie warunków skuteczności zgody.

1. Wprowadzenie

Problematyka zgody dysponenta dobrem, sięgając swoimi korzeniami prawa rzymskiego, pojawia się m.in. w kilku fragmentach Digestów¹. Współcześnie przyjmuje się, że reguła *volenti non fit iniuria* została opracowana przez

* Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

¹ Oprócz niżej cytowanego fragmentu (zob. przyp. następny) problematyka zgody uprawnionego pojawia się w kilku ustępach dotyczących zgody uprawnionego jako okoliczności wyłączającej odpowiedzialność za zniewagę, naruszenie czci, godności, dobrego imienia itd. – 1) D. 43,29,3,5 (zgoda uwięzionego na pozbawienie go wolności); 2) D. 47,10,26 (pójście syna do karczmy cieszącej się złą sławą); 3) D. 47,10,17 (zgoda jednego z kilku współwłaścicieli niewolnika na wymierzenie mu chłosty). Szerzej na ten temat zob. J. Krzynówek, *‘Volenti non fit iniuria’*. Powstanie i historia reguły, w: *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001, s. 271 oraz A. Ohly, *„Volenti non fit iniuria” Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen 2002, s. 25 i n.

rzymskich prawników i stanowi parafrazę następującej wypowiedzi Ulpiana, pochodzącej z księgi 56 komentarza do edyktu pretorskiego:

„Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut, etiam si volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competat iniuriarum actio; filio vero nomine non competit, quia **nulla iniuria est, quae in volentem fiat**”².

Cytowany fragment nie odnosi się bezpośrednio do znaczenia zgody w prawie rzymskim, lecz do przypadków, w których pewne działania naruszające godność syna mogły prowadzić jednocześnie do naruszenia godności (dobrego imienia) ojca³. Dobre imię członków rodziny stanowiło bowiem element dobrego imienia *patris familias*⁴. Część komentatorów, omawiając przytoczoną wypowiedź Ulpiana, ogranicza się wyłącznie do tego aspektu, pomijając problematykę zgody i jej znaczenia na gruncie prawa rzymskiego⁵. To, co współczesna nauka prawa nazywa usprawiedliwiającym charakterem zgody (niem. *rechtfertigende Wirkung der Eienwilligung*), Rzymianie i późniejsi komentatorzy traktowali jako coś oczywistego, w związku z czym w starszej romanistyce prawniczej problem ten był przedstawiany jedynie na marginesie innych zagadnień⁶.

W romanistyce panuje zgoda co do tego, że użyte w omawianym fragmencie pojęcie *iniuria* powinno być rozumiane wąsko. Uwzględniając kontekst tego sformułowania oraz systematykę Digestów, nieporozumieniem byłoby odno-

² Ulp. D. 47,10,1,5.

³ W powołanym fragmencie chodzi o sprzedaż wolnego syna przez osobę trzecią jako niewolnika **za jego zgodą** jako zdarzenie naruszające godność ojca. Jak wiadomo, w prawie rzymskim człowiek (nie tylko niewolnicy) mógł stanowić przedmiot czynności prawnych. Ponadto z przytoczonego fragmentu Digestów wynika, że niektórzy członkowie rodziny (w omawianym przypadku syn) mogli dysponować swoją wolnością, skoro wyrażonej przez nich zgodzie przypisywane były skutki prawne. Szerzej na ten temat zob. A. Ohly, „*Volenti non fit iniuria*” *Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen 2002, s. 26 oraz A. Pernice, *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiser Zeit*, Bd. 1, Halle 1895, s. 86.

⁴ J. Krzynówek, ‘*Volenti non fit iniuria*’. Powstanie i historia reguł, w: *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001, s. 272.

⁵ Por. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. 2. Berlin, 1840, s. 122.

⁶ Zob. A. Pernice, *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiser Zeit*, Bd. 1, Halle 1895, s. 85.

szenie powyższej formuły do całego prawa rzymskiego i tym samym uczynienie z niej zasady prawnej⁷. Wątpliwości co do jej zakresu wynikają przede wszystkim z wieloznaczności pojęcia *iniuria* w prawie rzymskim⁸. W przytoczonej formule określenie to z pewnością nie nawiązuje do bezprawia (niem. *Unrecht*) w ogólnym znaczeniu tego pojęcia, lecz oznacza każde naruszenie praw (dóbr) osobistych⁹. Choć pierwotnie, w okresie przedklasycznym, *iniuria* miała charakter prywatnoprawny, późniejszy rozwój tej instytucji – będącej już samodzielnym deliktem zawierającym w sobie elementy dzisiejszego zniesławienia, zniewagi, czy też naruszenia nietykalności cielesnej – sprawił, że dorobek prawa rzymskiego w tym zakresie jest użyteczny również na potrzeby współczesnej nauki prawa karnego¹⁰. Rozwój *iniurii* doprowadził bowiem do

⁷ A. Zob. Ohly, „*Volenti non fit iniuria*” *Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen 2002, s. 25; Zob. także P. Daniluk, *Kryteria określające zakres dóbr prawnych będących przedmiotem dyspozycji w warunkach kontraktu zgody uprawnionego*. Przegląd Sądowy 2007, nr. 4, s. 90.

⁸ W Instytucjach justyniańskich (I. 4, 4 pr.) czytamy, że: „wszystko, co jest czynione niezgodnie z prawem, ogólnie nazywa się bezprawiem (*iniuria*). W szczególnym znaczeniu *iniuria* oznacza czasem zniewagę, zwaną tak od słowa ‘zważać’, którą Grecy nazywają *hybris*, czasem winę, zwaną też przez Greków *adikema*, tak jak w ustawie akwiliańskiej, gdzie mówi się o szkodzie wyrządzonej bezprawnie, czasem niesłuszość i niesprawiedliwość, którą Grecy nazywają *adikia*” (cyt. za W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*. Warszawa 2009, s. 258). W okresie późniejszym pojęciem *iniuria*, które pierwotnie było używane na oznaczenie rozmaitych zachowań bezprawnych, zaczęto określać tylko zachowania polegające na naruszeniu integralności cielesnej oraz dobrego imienia i honoru (godności, czci) innej osoby. W romanistyce prawniczej zwraca się uwagę na fakt, że już Ustawa XII Tablic, nie uwzględniając strony podmiotowej, przewidywała odpowiedzialność wyłącznie za skutek. W okresie Republiki natomiast nastąpiła subiektywizacja odpowiedzialności, uzależniając ją od winy umyślnej sprawcy (J. Krzynówek, ‘*Volenti non fit iniuria*’. *Powstanie i historia reguły*, w: *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001, s. 267 i n.). Szerzej na temat tego pojęcia zob. W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*. Warszawa 2009, s. 258 i n.; D. Nowicka, *Rzymskie uregulowania dotyczące ‘iniuria’ a karnoprawna ochrona czci w prawie polskim*, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2014, nr. 1, s. 133 i n.; J. Krzynówek, ‘*Volenti non fit iniuria*’. *Powstanie i historia reguły*, w: *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001, s. 271.

⁹ A. Ohly, „*Volenti non fit iniuria*” *Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen 2002, s. 25: „Der Begriff ‘iniuria’ steht nämlich hier keineswegs für das Unrecht im allgemeinen, sondern für ein bestimmtes Delikt, eine Art der Persönlichkeitsverletzung”; Podobnie C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 539: „(...) ist als ‘iniuria’ nicht die Beleidigung im engeren Sinne, sondern jede Verletzung von Persönlichkeitsrechten (Ehre, Gesundheit, Freiheit, ja selbst das Leben)”.

¹⁰ Ciekawą próbę zestawienia rzymskiej *iniurii* i prawnokarnej ochrony czci we współczesnym prawie polskim podjęła D. Nowicka. Autorka trafnie wskazuje, że charakter zachowania stanowiącego podstawę do poszukiwania ochrony nie stanowił kryterium wyboru właściwego trybu, prywatno- czy publicznoprawnego, który uzależniony był wyłącznie od woli podmiotu poszukującego takiej ochrony. Szerzej na ten temat zob. D. Nowicka, *Rzymskie uregulowania dotyczące ‘iniuria’ a karnoprawna ochrona czci w prawie polskim*, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2014, nr. 1, s. 133-134.

przyznania pokrzywdzonemu dwóch alternatywnych możliwości dochodzenia ochrony – prywatnoprawnej oraz publicznoprawnej, a kwalifikacja określonego czynu jako deliktu prywatnego albo przestępstwa uzależniona była jedynie od woli pokrzywdzonego, tj. od wybranej przez niego drogi procesowej¹¹.

Wyżej przedstawione zagadnienia nie wyczerpują katalogu problemów, przy których pojawia się kwestia zgody uprawnionego w prawie rzymskim. Dotychczas zostały zasygnalizowane jedynie te aspekty, które mogły mieć wpływ na wykształcenie się instytucji zgody dysponenta dobrem we współczesnym prawie karnym¹².

Jeśli chodzi o dalszy rozwój instytucji zgody w nauce prawa, należy wspomnieć, że w dobie prawa naturalnego problematyce tej nie poświęcano większej uwagi¹³. Podobnie jak Kant i Hegel oraz późniejsi idealisci niemieccy, przedstawiciele prawa naturalnego przyznawali jednostce prawo do wyrażania zgody na naruszenie własnych dóbr tylko w stosunku do wartości pozostających w sferze jej autonomii, o ile naruszenie takie nie pozostawało w sprzeczności z „wolą wspólną” (niem. *Gemeinwillen*, *allgemeiner Wille*; fran. *volonté générale*)¹⁴. Wydawać by się mogło, że właśnie to stanowisko XVIII- i XIX-wiecznej nauki niemieckiej postawiło fundamenty pod rozwój większości współczesnych koncepcji zgody dysponenta dobrem – zarówno w prawie publicznym, jak i w prywatnym.

Ostatecznie rozwój zgody zdeterminował XIX-wieczny dyskurs prawniczy, w szczególności spory ideowe toczone się między pozytywizmem oraz przeciwstawiającą się mu historyczną szkołą prawa. Ta ostatnia odmówiła jednostce jakiegokolwiek możliwości modyfikowania własną wolą historycznie ukształtowanego porządku państwowego i tym samym zgoda dysponenta traktowana była jako całkowicie prawnie irrelevantna w całym systemie prawa¹⁵.

¹¹ *Ibidem*, s. 134.

¹² W romanistyce prawniczej wskazuje się na szereg innych zagadnień dotyczących pośrednio bądź bezpośrednio zgody uprawnionego, które wywarły wpływ na wykształcenie się wielu współczesnych instytucji w innych niż prawo karne gałęziach prawa, w szczególności w prawie cywilnym. Jednym z ciekawszych zagadnień, na tle którego pojawia się problem zgody uprawnionego, jest instytucja określana w *ius commune* terminem *culpa-compensation*, będący archetypem współczesnej instytucji przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody (J. Krzyńówek, *‘Volenti non fit iniuria’*. Powstanie i historia reguły, w: *Łacińskie paremie w europejskiej kulturze prawnej i orzecznictwie sądów polskich*, Warszawa 2001, s. 275).

¹³ A. Ohly, *„Volenti non fit iniuria” Die Einwilligung im Privatrecht*, Tübingen 2002, s. 26

¹⁴ *Ibidem*, s. 26 i n.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 539.

¹⁵ *Ibidem*, s. 540; Szerzej na temat rozwoju zgody w XVIII- i XX-wiecznej nauce niemieckiej zob. fundamentalną w tym zakresie pracę R. Honiga, *Die Einwilligung des Verletzten, Teil I: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, Mannheim 1919.

Zupełnie w przeciwnym kierunku zmierzały założenia przyjęte przez socjologiczną szkołę prawa, która zakładała, że zgoda skutecznie wyrażona zawsze wyłączała przestępny charakter czynu, nawet jeśli uprawniony zezwolił na naruszenie dóbr zajmujących najwyższe miejsce w hierarchii¹⁶.

2. Zgoda dysponenta w strukturze przestępstwa

We współczesnej nauce prawa karnego zdaje się dominować pogląd o heterogenicznej naturze zgody. Przyjmuje się bowiem, że jej znaczenie na gruncie prawa karnego sprowadza się zasadniczo do dwóch funkcji – wyłączenia istoty czynu oraz wyłączenia bezprawności. Ponadto, zgoda może m.in. samodzielnie bądź subsydiarnie wpływać na wymiar kary (art. 53 § 2 kk) oraz stanowić przesłankę okoliczności wyłączającej bezprawność (art. 27 kk, tzw. kontratyp eksperymentu) bądź znamię pozytywne czynu (art. 152 kk). Pierwszoplanowe miejsce w dalszych wywodach zajmie pierwszy z wymienionych problemów, tj. znaczenie zgody dla wyłączenia przestępności czynu.

W nauce niemieckiej od połowy XX w. dużą popularnością cieszy się rozróżnienie dwóch odmiennych postaci zgody – *Einwilligung* (zgoda wyłączająca bezprawność) i *Einverständnis* (zgoda wyłączająca istotę czynu). Zostało ono rozpowszechnione za sprawą pracy autorstwa F. Geerdsa – *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*¹⁷, choć w doktrynie zwraca się uwagę na fakt, że rozróżnienie to było prezentowane również w starszej literaturze¹⁸. Kryterium tego podziału stanowi płaszczyzna struktury przestępstwa, na której następuje wyłączenie przestępności czynu. *Einverständnis* dekompletuje istotę czynu zabronionego (*Tatbestand*), tj. powoduje, że ustawowe znamiona typu w ogóle nie zostają spełnione i tym samym dane zachowanie pozostaje od samego początku zachowaniem prawnokarnie irrelevantnym. Chodzi tu o przypadki, w których ustawowy opis czynu wymaga działania wbrew woli bądź bez zgody osoby, której dobro ma być naruszone bądź zagrożone. Mogą to być zarówno sytuacje, w których już **sam typ** czynu zawiera znamię negatywne braku zgody, jak i takie, w których **z istoty typu** wynika, że

¹⁶ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 540.

¹⁷ F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1954, s. 262 i n.

¹⁸ Zob. Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, *Prok i Pr.* 2008, s. 37 i wskazana tam literatura z pierwszej połowy XX w.

zachowanie podjęte za zgodą dysponenta nie spełnia znamion czynu zabronionego¹⁹. Jeśli chodzi o pierwszą grupę przypadków, w literaturze prawa karnego jako przykład podaje się często art. 192 polskiego kk, wprowadzający karalność wykonywania zabiegów leczniczych „bez zgody pacjenta”. Innym przykładem może być art. 278 § 2 kk, który stanowi z kolei o uzyskaniu cudzego programu komputerowego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej „bez zgody osoby uprawnionej”. W obu przytoczonych przykładach ustawowy opis czynu zawiera negatywne znamię zgody²⁰.

Druga grupa obejmuje z kolei sytuacje, w których wprawdzie opis typu nie zawiera *expressis verbis* negatywnego znamienia, lecz zgoda dysponenta do-
brem niejako *per se* wyklucza realizację pewnych znamion. Dla przykładu, zgoda wyłączająca istotę czynu (*Einverständnis*) wyklucza znamię „zaboru” cudzej rzeczy w przypadku kradzieży (art. 278 kk; § 242 niem. StGB)²¹ czy też znamię „wdzierania się” w przypadku naruszenia miru domowego (art. 193 kk; § 123 niem. StGB)²². Tak samo w kwestii obcowania płciowego z osobą wyrażającą na nie zgodę nie zostaną zrealizowane znamiona zgwałcenia (art. 197 kk; § 177 niem. StGB)²³.

¹⁹ F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1954, s. 540-541; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 283 i n.; Tenże, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prok i Pr. 2008, s. 37 i n.; Zob. też A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, z. 3, s. 83.

²⁰ Innym przykładem może być art. 251 kk: „Kto, naruszając przepisy o tajności głosowania, **wbrew woli** głosującego zapoznaje się z treścią jego głosu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2” czy też art. 211 kk: „Kto, **wbrew woli** osoby powołanej do opieki lub nadzoru, uprowadza lub zatrzymuje małoletniego poniżej lat 15 albo osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” [podkr. V.V.].

²¹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, w: *System Prawa Karnego. T. 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, (red.) R. Dębski, Warszawa 2012, s. 58.

²² *Ibidem*; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 540.

²³ W literaturze polskiej E. Hryniewicz wyraziła pogląd, że wypełnienie znamion zgwałcenia jest możliwe również za zgodą dysponenta dobrem, jeśli zgoda ta została udzielona przez partnera pod wpływem przymusu. W tym przypadku istota czynu zostałaby wypełniona, lecz zdaniem autorki zgoda udzielona w powyższych warunkach wyłączałaby bezprawność (E. Hryniewicz, *Czy zgoda jednostki może wyłączyć bezprawność czynu?*, Prok. i Pr. 2014, nr. 9, s. 64). Stanowisko to jest trudne do przyjęcia, gdyż jak się wydaje stanowi konsekwencje pomieszczenia warunków skuteczności *Einverständnis* i *Einwilligung* (sama autorka odrzuca też o dwojakiej postaci zgody w świetle koncepcji obiektywnego przypisania skutku). O ile bowiem w przypadku zgody wyłączającej istotę czynu akceptowalna jest teza, że tzw. braki woli (*Willensmängel*) – do których zaliczany jest przymus – nie są istotne pod kątem skuteczności zgody, o tyle w kwestii zgody o charakterze kontratypowym (w którą miałyby się przekształcić zgoda partnera udzielona pod wpływem przymusu po „niezadziałaniu” na

W przypadku *Einwilligung* z kolei dochodzi do realizacji istoty czynu (*Tatbestandsmäßigkeit*), lecz następuje wyłączenie jego bezprawności (*Rechtswidrigkeit*), tj. zgoda uprawnionego w tym przypadku stanowi okoliczność o charakterze kontratypowym.

W literaturze polskiej stanowisko przyjmujące podział zgody na wyłączającą istotę czynu oraz wyłączającą bezprawność przyjął A. Spotkowski²⁴. Jednocześnie autor zaproponował terminologiczne wyodrębnienie zgody dekompletującej znamiona typu, nazywając ją „zezwoeniem uprawnionego”; określenie „zgoda pokrzywdzonego” zachował zaś dla zgody kontratypowej. Propozycja A. Spotowskiego wyraźnie nawiązuje do stanowiska przyjętego w doktrynie niemieckiej (zezwoenie uprawnionego – *Einverständnis*, zgoda pokrzywdzonego – *Einwilligung*). Dla zezwolenia uprawnionego autor przyjmuje przypadki, w których ustawowy opis czynu zawiera znamie negatywne zgody oraz takie, w których znamie braku zezwolenia, nie wynikając bezpośrednio z brzmienia przepisu, da się wyinterpretować z charakteru przestępstwa²⁵. Do pierwszej grupy autor zalicza m.in. art. 172 kk z 1969 r. (naruszenie tajemnicy korespondencji; obecny art. 269 kk) oraz art. 189 § 2 kk z 1969 r. (naruszenie tajemnicy głosowania; obecny art. 251 kk). Do grupy niezawierających wprost znamienia negatywnego zgody A. Spotowski zalicza natomiast typy czynów, których realizacja wymaga istnienia znamienia „użycia przemocy”, „groźby bezprawnej” bądź „podstępu”²⁶. Nie dochodzi więc do wypełnienia ustawowych znamion w przypadku zmuszania do określonego zachowania za pomocą podstępu (art. 167 kk z 1969 r.; obecny art. 191 kk) czy też w przypadku zgwałcenia (art. 168 kk z 1969 r.; obecny art. 197 kk). Podobnie w kwestii pozbawienia wolności innej osoby (art. 165 kk z 1969 r.; obecny art. 189 kk) oraz naruszenia miru domowego (art. 171 kk z 1969 r.; obecny art. 193 kk). Ostatnią grupą, jaką autor zalicza do zezwolenia uprawnionego, są niektóre przestępstwa przeciwko mieniu²⁷. W przypadku kradzieży autor przyjmuje, że zabranie cudzej rzeczy za zezwoleniem uprawnionego stanowi darowiznę i tym samym nie wypełnia znamion czynu określonego w art. 203 kk z 1969 r. (obecny art. 278 kk). Wyłączenie bezprawności za „zgoda pokrzywdzonego”

szczeblu istoty czynu), dotknięta brakiem woli jest ona zawsze nieskuteczna – szerzej na ten temat zob. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 542; F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1954, s. 268.

²⁴ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, z. 3, s. 81 i n.

²⁵ *Ibidem*, s. 83.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

(*Einwilligung*) A. Spotowski uważa z kolei za dopuszczalne zawsze wtedy, gdy interes społeczny ustępuje pierwszeństwa interesowi jednostki. Wśród przypadków pozostawionych swobodnej dyspozycji jednostki autor wymienia przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej oraz niektóre czyny przeciwko mieniu, inne niż kradzież i przywłaszczenie, przy których zgodę dekompletują znamiona czynu (np. 212 § 1 kk z 1969 r.; obecny art. 288 § 1 kk). A. Spotowski dopuszcza możliwość wyłączenia bezprawności za zgodą dysponenta również w przypadku lekkiego uszkodzenia ciała (art. 156 § 4 kk z 1969 r.; obecny art. 157 § 4).

Pogląd prezentowany przez A. Spotowskiego w doktrynie prawa karnego został poddany silnej krytyce²⁸. Autorowi zarzuca się przede wszystkim przeprowadzenie niewyraźnej i poniekąd sztucznej granicy między „zezwoeniem uprawnionego” a „zgoda pokrzywdzonego”. J. Giezek wskazuje na ową mętność kryteriów na przykładzie kradzieży oraz zniszczenia rzeczy. W przypadku pierwszego czynu, w ujęciu zaproponowanym przez A. Spotowskiego, w ogóle nie powinno dojść do spełnienia jego istoty, gdyż „zgoda uprawnionego” dekompletuje znamiona typu, ściślej znamię „zaboru”. Jeśli ktoś zgadza się na zabranie przez inną osobę przedmiotu będącego jej własnością, to zachowanie działającego od samego początku pozostaje zachowaniem prawnokarnie indyferentnym. Inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku zniszczenia cudzej rzeczy. Zachowanie działającego w tym przypadku wypełnia znamiona czynu, zaś „zgoda pokrzywdzonego”, wyłączając bezprawność, sprawia, że staje się ono wtórnie legalne. Trudno wskazać wyraźnie, jaki jest charakter kryterium przyjętego przez A. Spotowskiego, pozwalającego na ulokowanie zgody w pierwszym przypadku na płaszczyźnie istoty, w drugim zaś na płaszczyźnie bezprawności²⁹.

Konieczność używania różnych terminów na określenie zgody dekompletującej znamiona czynu oraz zgody wyłączającej jego bezprawność została podana w wątpliwość przez L. Gardockiego. Autor, odnosząc się do propozycji A. Spotowskiego co do wprowadzenia odmiennego nazewnictwa zgody w zależności od jej charakteru, dochodzi do wniosku, że zaproponowany przez A.

²⁸ Zob. np. J. Giezek, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowi, w: L. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, Poznań 2009, s. 139; Z. Jędrzejewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność*, w: *System Prawa Karnego*, (red.) L. Paprzycki, T. 4. *Nauka o Przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013, s. 89.

²⁹ *Ibidem*; J. Giezek, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowi, w: L. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, s. 139.

Spotowskiego termin na oznaczenie sytuacji, w których zgoda dysponenta dobrem prowadzi do wyłączenia istoty czynu, jest w zasadzie zbędny. W tych przypadkach zgoda pozostaje bowiem prawnokarnie irrelevantną i tym samym niepotrzebne jest wprowadzenie dystynkcji terminologicznej w przedmiotowym zakresie³⁰. Ponadto autor podjął ciekawą próbę uzasadnienia stosowania pojęcia „zgoda **pokrzywdzonego**”. Zdaniem L. Gardockiego używanie tego pojęcia uzasadnione jest z jednej strony „tradycją”, z drugiej zaś tym, że osoba, której dobro zostało naruszone, potencjalnie mogłaby występować w charakterze pokrzywdzonego w procesie karnym na mocy art. 49 § 1 kpk.

Trudno jednak zgodzić się z argumentacją L. Gardockiego. Należy zauważyć, że przedmiotowy przepis mówi o osobie „której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo”. Zatem wymóg ten nie będzie spełniony zawsze wtedy, gdy zgoda została skutecznie wyrażona przez dysponenta w stosunku do dobra pozostającego w sferze jego autonomii woli³¹. Wymóg naruszenia dobra przez przestępstwo wyłącza *per se* element pokrzywdzenia w myśl cytowanego przepisu, gdyż istotą skutecznie wyrażonej zgody jest właśnie wyłączenie przestępności czynu, bez względu na to, na jakim etapie ono następuje, tj. bez względu na to, czy mamy do czynienia z *Einwilligung* czy też z *Einverständnis*. Wydaje się, że przyjęcie terminu zgoda pokrzywdzonego w nauce polskiej jest oparte nie tyle na procesowej instytucji pokrzywdzonego, co na konwencji terminologicznej pierwotnie przyjętej w literaturze niemieckiej (*Einwilligung/Einverständnis des Verletzten*)³².

Teza o istnieniu zgody o charakterze kontratypowym nastręcza wielu istotnych problemów na gruncie monistycznej teorii usprawiedliwienia³³. Dla uzasadnienia zgody nie da się bowiem przyjąć zasady przeważającego interesu (*Prinzip des überwiegenden Interesses*)³⁴, w związku z czym nie pozwala ona

³⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 128.

³¹ Wciąż zatem aktualna wydaje się uwaga A. Spotowskiego uczyniona na gruncie art. 40 kpk 1969 r.: „(...) aczkolwiek można mieć wątpliwość, czy należy mówić o pokrzywdzonym wtedy, gdy mamy na myśli osobę, która wyraziła na określone zachowanie się zgodę (...). Wątpliwości te potęguje jeszcze przepis art. 40 § 1 k.p.k. określający pokrzywdzonego jako osobę fizyczną lub prawną, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo choćby dlatego, że w razie wyłączenia bezprawności czynu przez »zgodę« nie ma przestępstwa.” (A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, z. 3, s. 82).

³² Por. F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, Goldammer’s Archiv für Strafrecht 1954, s. 262 i n.

³³ Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prok i Pr. 2008, s. 36.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność*, w: *System Prawa Karnego. T. 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności karnej*, (red.) R. Dębski, Warszawa 2012, s. 281 i n.

³⁴ W celu uniknięcia komplikacji ze znalezieniem wspólnego mianownika dla wszystkich okoliczności kontratypowych w nauce niemieckiej A. Mezger przyjął dla zgody zasadę braku

na sprowadzenie wszystkich okoliczności kontratypowych do wspólnej podstawy. Szczególne trudności powoduje fakt, że istnienie zgody kontratypowej nie da się uzasadnić w świetle utylitarystycznej koncepcji o społecznej opłacalności poświęcenia danego dobra w przypadku kolizji z innym dobrem³⁵. W tym ujęciu właśnie kolizja różnych wartości i rozwiązanie tego konfliktu poprzez poświęcenie jednej z nich w celu zachowania innej stanowi wspólną podstawę dla wszystkich kontratypów.

Powyższy problem dobitnie ilustruje następująca wypowiedź E. Hryniewicza:

„Porównując kontratyp zgody dysponenta dobrem prawnym z innymi kontratypami, jak: obrona konieczna, stan wyższej konieczności, w którym dobro ratowane ma wartość wyższą niż poświęcone, czy eksperyment poznawczy, medyczny, techniczny albo ekonomiczny, można dostrzec wyraźną różnicę w podstawie wyłączenia bezprawności. W podanych kontratypach podstawą jej wyłączenia nie jest wola jednostki, lecz kolizja prawnie chronionych interesów, przy której zaistnieniu ustawa wskazuje na okoliczności zewnętrzne rozstrzygające o tym, że zabronione zachowanie sprawcy nie jest bezprawne. W literaturze okoliczności te określa się jako warunki społecznej opłacalności poświęcenia dobra prawnego, w których dopuszczenie jego naruszenia zapobiega poważniejszej szkodzi, niż wystąpiłaby w razie poświęcenia drugiego z dóbr pozostających w kolizji”³⁶.

Z powodu tych trudności autorzy reprezentujący powyższe stanowisko zmuszeni są do usunięcia zgody z płaszczyzny bezprawności, lokując ją na szczeblu istoty czynu (*Tatbestand*). Ponadto przyporządkowanie zgody istocie czynu motywowane jest „subsidiarnym charakterem prawa karnego, które nie jest wyalienowanym zbiorem przypadkowych zakazów i nakazów, lecz – już na płaszczyźnie ustawowych regulacji – samokorygującym się systemem, dopuszczającym ingerencję dopiero tam, gdzie pojawia się zagrożenie **dla istotnych społecznych wartości**”³⁷ [podkr. V.V.]. Takie ujęcie funkcji prawa karnego jako *ultima ratio* wyraźnie nawiązuje do klasycznego ujęcia jednolitej

interesu zasługującego na prawnokarną ochronę (*Prinzip des mangelnden Interesses*). Szerzej na ten temat zob. E. Mezger, *Strafrecht*, s. 134 i n.; cyt. za Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prok i Pr. 2008, s. 36.

³⁵ Takie ujęcia kontratypizacji w nauce polskiej reprezentuje A. Zoll. Szerzej na ten temat zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1982, s. 110-113.

³⁶ E. Hryniewicz, *Czy zgoda jednostki może wyłączyć bezprawność czynu?*, Prok. i Pr. 2014, nr. 9, s. 64.

³⁷ *Ibidem*, s. 68.

bezpprawności rozumianej jako sprzeczność z całym porządkiem prawnym³⁸, a przyporządkowanie zgody istocie czynu może być wynikiem trudności, których nie da się rozwiązać w świetle monistycznej teorii usprawiedliwienia. Ponadto można zaryzykować stwierdzenie, że u niektórych autorów da się zaobserwować pewną korelację między przyjęciem jednolitego ujęcia bezpprawności i monistycznej teorii usprawiedliwienia a obiektywistycznym ujęciem dobra prawnego. W literaturze polskiej A. Zoll – przyjmujący jednolite ujęcie bezpprawności – wywodzi bezpprawny charakter czynu samobójczego z art. 38 Konstytucji RP (nakaz ochrony życia). Autor stwierdza, że „(...) **indywidualne prawo do życia nie wyczerpuje uzasadnienia ochrony życia** [podkr. A. Zoll]. Niemniej ważnym aspektem tej ochrony jest wartość życia jako dobra społecznego, którym dzierżyciel tego dobra **nie ma prawa swobodnie rozporządzać** [podkr. V.V.] (...)”³⁹. Jakkolwiek we współczesnej nauce prawa karnego nie ulega wątpliwości, że jednostka nie może swobodnie dysponować swoim życiem, w szczególności zgoda na naruszenie tego dobra nie może prowadzić do wyłączenia przestępności czynu (co najwyżej może stanowić znamię typu uprzywilejowanego – zob. karalność zabójstwa na żądanie art. 150 kk), to uzasadnienie bezpprawności samobójstwa na podstawie powołanej normy wydaje się dyskusyjne. Niemniej obecnie jest to pogląd dominujący w literaturze polskiej⁴⁰.

³⁸ Podobne stanowisko w tym zakresie reprezentuje A. Zoll. Według autora prawo karne nie rozstrzyga o legalności bądź bezpprawności, lecz jedynie o karalności lub niekaralności, co uzasadniane jest służebną funkcją prawa karnego w stosunku do pozostałych gałęzi prawa (A. Zoll, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*. Tomasz Kaczmarek (red.). Wrocław 1990 UW r., s. 102).

³⁹ A. Zoll, (redakcja); Barczak-Oplustil A., Bielski M., Bogdan G., Ćwiakalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Rodzyńkiewicz M., Szewczyk M., Wróbel W., Zoll A., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II, Komentarz do art. 117–277 k.k.* Kraków 2012, s. 320.

⁴⁰ Paternalistyczne spojrzenie na relację jednostka–państwo oraz skrajnie obiektywistyczne ujęcie dobra prawnego nie jest obce zwolennikom poglądu o bezpprawności samobójstwa. Zdaniem M. Cieślaka: „Wielce kontrowersyjna jest (...) podstawa w postaci tezy o prawie jednostki do swobodnego dysponowania swym życiem. Nie uwzględnia ona społecznego charakteru egzystencji i osobowości ludzkiej, nie uwzględnia (...) faktu, że życie człowieka stanowi nie tylko najwyższą wartość dla niego samego, ale także wartość społeczną, wartość dla innych ludzi i całego społeczeństwa” (M. Cieślak, w: *System prawa karnego*, T. IV, *O przestępstwach w szczególności*, J. Waszczyński (red.), Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1985, s. 373). J. Warylewski z kolei wprost stwierdza, że polskie prawo karne odmawia człowiekowi prawa do śmierci, gdyż życie jako dobro prawne nie może być rozpatrywane wyłącznie w kategoriach indywidualnych (J. Warylewski, *W sprawie prawnokarnego postrzegania eutanazji*, PiP 1999, Nr 3, s. 78).

3. Warunki skuteczności zgody

W literaturze niemieckiej skutki rozróżnienia zgody wyłączającej istoty czynu i zgody kontratypowej zostały przedstawione w sposób systematyczny przez C. Roxina⁴¹. Należy podkreślić, że sam autor, nie podziеляjąc tego ujęcia, dokonał jedynie zarysowego przedstawienia uwypuklających się różnic praktycznych, na które wskazuje się w literaturze. Po pierwsze, w ślad za F. Geerdssem⁴², autor eksponuje istotną różnicę w zakresie sposobu (sfery) wyrażania zgody. O ile zgoda wyłączająca bezprawność czynu (*Einwilligung*) powinna zostać uzewnętrzniona przez słowo lub zachowanie dysponenta i tym samym być rozpoznawalna dla działającego (względnie zaniechującego) za zgodą, o tyle w przypadku zgody wyłączającej istotę czynu (*Einverständnis*) wystarczy tzw. wola wewnętrzna, nie mająca żadnych przejawów zewnętrznych. Ponadto na skuteczność zgody wyłączającej istotę czynu nie wpływają takie okoliczności jak młody wiek lub zaburzenia umysłowe dysponenta, lecz wystarczy istnienie tzw. woli naturalnej (*natürlicher Wille*)⁴³. Inaczej sytuacja przedstawia się w przypadku zgody wyłączającej bezprawność czynu, która dla swojej skuteczności wymaga, aby zainteresowany posiadał pełną władzę sądenia oraz spokój ducha – tak, aby mógł rozważyć swoją decyzję, uwzględniając wszystkie plusy i minusy takiego zachowania⁴⁴. Ponadto wpływu na skuteczność *Einverständnis* nie mają również tzw. wady woli (*Willensmängel*), czyli błąd (*Irrtum*), wprowadzenie w błąd (*Täuschung*) i przymus (*Zwang*). Zgoda o charakterze kontratypowym (*Einwilligung*) natomiast jest nieskuteczna zawsze wtedy, gdy została dotknięta przynajmniej jedną z trzech wymienionych wad⁴⁵.

⁴¹ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 541-543; W literaturze polskiej wnioski C. Roxina w tym zakresie przedstawił Z. Jędrzejewski w *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prok. i Pr. 2008, s. 40 i n.

⁴² F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1954, s. 266.

⁴³ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 542; F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1954, s. 265; Zob. także Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prok. i Pr. 2008, s. 40; Tenże, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 286.

⁴⁴ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 542; F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1954, s. 265.

⁴⁵ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 542; F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im*

Dalsze konsekwencje różnego ulokowania w strukturze przestępstwa zgody o charakterze kontratypowym i zgody wyłączającej istotę czynu dotyczą sytuacji, w których działającemu nie jest znana okoliczność udzielenia zgody przez dysponenta⁴⁶. Tytułem przykładu – ktoś wdziera się do cudzej nieruchomości, nie wiedząc, że przed chwilą został zaproszony przez uprawnionego do korzystania z niej. W tym przypadku może zachodzić co najwyżej usiłowanie nieudolne – z powodu braku przedmiotu – ze względu na brak realizacji obiektywnej istoty czynu (*objektiver Tatbestand*) polegającego na naruszeniu miru domowego⁴⁷. Podobnie przedstawia się sytuacja, w której działający bezpodstawnie przyjął istnienie zgody. Jeśli chodzi o urojenie zgody o charakterze kontratypowym, zastosowanie powinien znaleźć art. 29 kk (błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność), w przypadku *Einverständnis* natomiast nastąpi wyłączenie zamiaru na podstawie art. 28 § 1 (§ 16 niem. StGB – błąd co do znamion)⁴⁸.

W literaturze niemieckiej problem ten jest przedmiotem licznych kontrowersji z powodu braku regulacji w zakresie błędu co do kontratypu. Część autorów proponuje stosowanie w tym zakresie regulacji dotyczącej błędu co do znamion, inni autorzy zaś przyjmują błąd co do bezprawności⁴⁹. W literaturze prezentowane są również inne stanowiska w przedmiocie warunków skuteczności zgody. Zarówno autorzy uznający podział na zgodę o charakterze kontratypowym i zgodę wyłączającą istotę, jak i ci przyjmujący w każdym przypadku wyłączenie istoty czynu dopuszczają możliwość relatywizacji przesłanek skuteczności poprzez ich każdorazowe ustalanie w zależności od rodzaju danego dobra oraz charakteru czynu⁵⁰.

W nauce polskiej za jednolitym charakterem warunków skuteczności zgody opowiedział się A. Spotowski⁵¹. Jako podstawową przesłankę autor wymienia

Strafrecht, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1954, s. 268; Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prok. i Pr. 2008, s. 40.

⁴⁶ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 543.

⁴⁷ *Ibidem*; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 287.

⁴⁸ Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prok. i Pr. 2008, s. 41;

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Por. H.J. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 374; Por. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, s. 544 i n.

⁵¹ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, z. 3, s. 85.

wymóg, aby wyrażający zgodę na ingerencję 1) był jedynym dzierżycielem dobra oraz aby 2) mógł swobodnie nim dysponować. Udzielający zgody musi 3) być poczytalny i 4) zdawać sobie sprawę ze znaczenia i zakresu skutków jej udzielenia⁵². Zezwolenie lub zgoda są natomiast nieskuteczne zawsze wtedy, gdy zostały uzyskane 5) za pomocą przymusu lub podstęp. Zgoda dodatkowo powinna być udzielona przed podjęciem zachowania ingerującego w dobro uprawnionego. Zgoda wyrażona następnie jest nieskuteczna, a ta, która została uprzednio udzielona, może być w każdej chwili odwołana. Ponadto A. Spotowski przyjmuje możliwość udzielenia zgody za pomocą przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika⁵³.

Dla przypadków urojenia zgody wyłączającej istotę czynu autor przyjmuje błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu na podstawie art. 24 § 1 kk (obecny art. 28 kk). W ówczesnym stanie prawnym, podobnie jak w prawie niemieckim (o czym niżej), przedmiot sporu stanowiło urojenie zgody pokrzywdzonego (zgody kontratypowej) z powodu braku regulacji w zakresie błędu co do kontratypu. Przyjmowano w tym zakresie dwa możliwe rozwiązania. Według pierwszego z nich błąd co do kontratypu traktowano jako błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego⁵⁴, a zgodę kontratypową rozpatrywano w świetle art. 24 § 1 kk z 1969 r. Drugi z poglądów z kolei zakładał stosowanie w tym zakresie art. 24 § 2 kk z 1969 r. A. Spotowski przyjął pierwszy z poglądów, za którego stosowaniem – zdaniem autora – przemawia analogia na korzyść w braku wyraźnej regulacji ustawowej⁵⁵. Jeśli z kolei działającemu nie jest znana okoliczność udzielenia zgody bądź zezwolenia,

⁵² *Ibidem*.

⁵³ W polskiej doktrynie prawa karnego bardziej systematyczne, choć dyskusyjne, ujęcie warunków skuteczności zgody zaproponował W. Świda. Autor podzielił je na dotyczące: 1) podmiotu udzielającego zgody; 2) czasu udzielenia zgody; 3) formy udzielenia zgody; 4) treści zgody; 5) świadomości zgody przez sprawcę. Do pierwszej grupy autor zalicza wymóg poczytalności oraz wieku – co najmniej 17 lat. W przypadku niespełnienia powyższych przesłanek, skuteczność zgody zależy od tego, czy dysponent jest zdolny do zrozumienia zakresu i znaczenia udzielonej przez siebie zgody. Jeśli chodzi o warunki co do czasu, to konieczne jest, aby zgoda istniała już w chwili działania ingerującego. Natomiast w zakresie warunków co do formy prawo karne nie przewiduje szczególnych wymogów. Wystarczy, że istnienie zgody da się wywieść z całokształtu okoliczności. Dodatkowo konieczne jest, aby zgoda została wyrażona przez osobę, która jest rzeczywiście uprawniona do dysponowania dobrem. Musi być wyrażona dobrowolnie, na serio, a ponadto nie może pozostawać w sprzeczności z zasadami życia społecznego. W braku świadomości o zgodzie zastosowanie powinny znaleźć regulacje o usiłowaniu nieudolnym. Urojenie istnienia zgody z kolei prowadzi do zastosowania przepisów o błędzie (W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 143).

⁵⁴ Szerzej na ten temat zob. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.

⁵⁵ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, z. 3, s. 86.

w obu przypadkach powinien ponieść odpowiedzialność za uśiłowanie nieudolne.

W literaturze, zarówno polskiej, jak i niemieckiej, od dłuższego czasu brak jest jednolitego poglądu na temat charakteru prawnego oświadczenia zgody. Nie ulega wątpliwości, że zgoda dysponenta dobrem – pomijając w tym miejscu problematykę zgody domniemanej – stanowi akt woli uprawnionego, nawet jeśli ma on charakter wewnętrzny. Takie ujęcie powoduje jednak istotne problemy w zakresie ustalenia charakteru tej instytucji.

Szczególnie liczne kontrowersje w literaturze wywołała koncepcja zaliczająca zgodę dysponenta do kategorii czynności prawnych w rozumieniu prawa cywilnego (*Rechtsgeschäft*). Przyjęcie takiego poglądu powoduje, że wszystkie konsekwencje i wymogi przewidziane w prawie cywilnym powinny być stosowane również do zgody dysponenta dobrem na gruncie prawa karnego. Należy zaznaczyć, że wśród karnistów zdaje się zdecydowanie dominować stanowisko odrzucające ten pogląd. Sytuacja przedstawiała się natomiast inaczej w starszej nauce prawa cywilnego, gdzie zgoda uprawnionego powszechnie zaliczana była do czynności prawnych⁵⁶. Tymczasem we współczesnej literaturze cywilistycznej zdaje się przeważać stanowisko, w świetle którego zgoda stanowi czynność zbliżoną do czynności prawnej⁵⁷. W literaturze niemieckiej przyjmuje się, że koncepcja uznająca oświadczenie woli za jednostronną czynność prawną została po raz pierwszy przedstawiona przez E. Zitelmana w pracy pt. *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*⁵⁸. Jeśli zaś chodzi o przedstawicieli doktryny prawa karnego, w starszej literaturze niemieckiej koncepcja ta prezentowana była przez m.in. R. Franka. We współczesnej nauce niemieckiej za stosowaniem zasadniczo jednolitych warunków skuteczności zgody wypowiada się natomiast T. Lenckner.

Przyjęcie tezy, że zgoda stanowi czynność prawną, na gruncie prawa karnego oznaczałoby istotne zawężenie faktycznych i prawnych możliwości skutecznego zezwolenia na ingerencję przez dysponenta. Po pierwsze, tak pojmowany charakter prawny zgody oznacza, że mogłaby ona zostać wyrażona jedynie przez osobę posiadającą zdolność do czynności prawnych. Po drugie, ocena skuteczności zgody następowałaby w każdym przypadku w oparciu

⁵⁶ Zob. A.J. Szwarc, *Zgoda pokrzywdzonego jako podstawa wyłączenia odpowiedzialności karnej za wypadki sportowe*, Poznań 1975, s. 62.

⁵⁷ Zob. M. Pazdan, w: *System prawa prywatnego*, t. 1, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 1156.

⁵⁸ E. Zitelmann, *Ausschluß der Widerrechtlichkeit*, Archiv für Civilische Praxis 1960, t. 99 (cyt. za G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Ausgabe, Berlin-Nowy Jork 1993, s. 239).

o przepisy prawa cywilnego, niejako w oderwaniu od regulacji prawnokarnych. Po trzecie, przedmiotem takich czynności prawnych mogłyby być tylko określone dobra prawnie chronione przez przepisy prawa cywilnego, zakres których dalece odbiega od przedmiotów ochrony prawa karnego.

Niewątpliwie słuszne jest dominujące we współczesnej nauce prawa karnego stanowisko odmawiające nadania zgodzie charakteru czynności prawnej czy też oświadczenia woli. Przyjęcie odmiennego poglądu doprowadziłoby do istotnego zawężenia granicy wolności dysponowania dobrem. Skrajnie formalistycznie ujmowane przesłanki skuteczności mają swoje uzasadnienie w celach i funkcjach, jakie spełniają na gruncie prawa cywilnego czynności prawne. Prawu karnemu jednak nie są potrzebne warunki skuteczności tak sztywnie ujmujące formalną sferę dyspozycji jednostki. O ich ograniczającym swobodę dysponowania dobrami prawnymi charakterze świadczy również fakt, że nawet współczesna cywilistyka odchodzi od tych wymogów w zakresie różnych oświadczeń wychodzących poza kategorię oświadczeń woli. Nie przekreśla to jednocześnie przydatności dorobku nauki prawa cywilnego dla potrzeb prawa karnego. Wręcz przeciwnie, nauka prawa karnego zmuszona jest czasem, ze względu na ściśle cywilistyczny charakter pewnych dóbr, do sięgania po ten dorobek. Jednak taki zabieg może mieć wyłącznie charakter pomocniczy i tylko w niezbędnym zakresie. Nie chodzi tutaj bynajmniej wyłącznie o dobra będące bezpośrednim przedmiotem ochrony prawnokarnej. Mogą to być również pewne stany lub przedmioty mające jedynie pośrednie znaczenie dla zgody w zakresie karygodności.

4. Zakończenie

Prezentowane w literaturze – zarówno polskiej, jak i niemieckiej – poglądy na temat istoty zgody dysponenta dobrem w prawie karnym wskazują na fundamentalne różnice w postrzeganiu tej instytucji przez przedstawicieli doktryny. Zagadnienie to jest wysoce problematyczne a zajęcie określonego stanowiska w tym zakresie często jest pochodną uprzednio przyjętych założeń ogólnosystemowych. Najjaskrawszym tego przykładem są trudności, z którymi spotykają się zwolennicy monistycznej teorii usprawiedliwienia, opartej na zasadzie kolidujących interesów. Autorzy ci zmuszeni są do ulokowania zgody na płaszczyźnie istoty czynu, gdyż na szczeblu bezprawności zgoda postrzegana jest w tym ujęciu jako element obcy i niepozwalający na znalezienie jednolitej podstawy dla wszystkich okoliczności wyłączających bezprawność. Zgoda natrafia na równie istotne problemy na gruncie jednolitego ujęcia bezprawności.

Przyjęcie bądź odrzucenie tezy o dwoistym charakterze zgody pociąga za sobą bowiem konieczność uzasadnienia takiego stanowiska nie tylko na gruncie prawa karnego, lecz także w świetle całego systemu prawnego. Uznanie poglądu o jednolitości bezprawności pociąga za sobą konieczność uznania okoliczności znoszących bezprawność czynu (*Rechtfertigungsgründe*) za skuteczne dla wszystkich gałęzi prawa. Odrzucenie tej tezy kolei powoduje konieczność uzasadnienia istnienia zgody jako samodzielnej i niezależnej figury prawa karnego.

Development of the Institution of an Asset Holder's Consent and its Place Within the Structure of Crime

The paper is dedicated to a set of issues related to the consent of an asset holder and its place within the structure of crime. The fundamental objective of the paper is to present stances on this topic that have been adopted in Polish and German science of criminal law. The conducted analysis adopted as its assumption a demonstration of clear differences in the views of the doctrine on the role and function of consent. In presenting the above-mentioned issues, the author focuses on the potential effects of adopting or rejecting a thesis on the two-fold nature of consent in criminal law and the discrepancies that arise from it in the scope of the prerequisites of the effectiveness of consent.

Martyna Sepko*

Rozważania na temat propozycji rozszerzenia granic obrony koniecznej w projekcie poselskim z 19 stycznia 2015 r.

Artykuł skupia się na omówieniu projektu poselskiego z dnia 19 stycznia 2015 roku o zmianie ustawy Kodeks karny, który dotyczy dodania w art. 25 po § 3 nowego § 3a. Projektodawca podnosi w uzasadnieniu do proponowanej zmiany, iż dodany ma zostać nowy podtyp kontratytu do polskiego prawa karnego, który będzie jaśniejszy dla adresatów niż dotychczasowe regulacje, określone przez autorów propozycji jako niewystarczające w zakresie obrony koniecznej. Obecnie nie podlega karze jedynie osoba, która przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu. Proponowana zmiana znacznie rozszerza zakres osób niepodlegających karze. W uzasadnieniu do projektu poruszany jest problem regulacji i stosowania w praktyce ekscesu intensywnego w odniesieniu do obrony koniecznej. Niejednokrotnie zdarza się, że osoby przekraczające granice obrony koniecznej są poddawane odpowiedzialności karnej przez sąd pierwszej instancji, a następnie uwalniane od odpowiedzialności przez sąd odwoławczy, co wpływa z niejasności w określeniu granic obrony koniecznej. Dotychczasowe rozwiązania w zawarte w art. 25 Kodeksu karnego pozostawiają wątpliwości. W artykule nastąpi rozważenie czy wprowadzenie nowego projektu poselskiego nie będzie pogłębiało niejasności wbrew intencji projektodawcy.

W dniu 19 stycznia 2015 roku został do Sejmu wniesiony projekt poselski o zmianie ustawy Kodeks karny, który dotyczy dodania w art. 25 k.k. – dotyczącego obrony koniecznej – nowego § 3a, w brzmieniu: „Nie podlega karze

* Studentka V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, aktywny członek Koła Naukowego Prawa Karnego TEMIDA przy Instytucie Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

ten, kto przekracza granice obrony koniecznej, jeżeli dobrem zagrożonym zamachem jest bezpieczeństwo powszechne, życie, zdrowie, wolność, wolność seksualna lub mienie, gdy zamach na mienie połączony jest z użyciem przemocy lub wdarcie się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenie lub ogrodzonego terenu, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej miało charakter rażący”¹.

Powyższy projekt wpłynął do Sejmu 20 stycznia 2014 roku, następnie 11 marca 2015 roku skierowano go do I czytania na posiedzeniu Sejmu, które miało miejsce w dniu się 24 kwietnia. Na posiedzeniu, na którym odbyło się I czytanie, Marszałek Sejmu przeniósł na następne posiedzenie głosowanie nad wnioskiem o odrzuceniu projektu w I czytaniu – czytanie nie zostało dokończony².

Kontratyp obrony koniecznej jest jedną z okoliczności wyłączających bezprawność, ustanowionych w Kodeksie karnym, a jego treść wzbudza wiele wątpliwości. Na początku warto zauważyć, iż istnieją dwa poglądy uzasadniające istnienie tego kontratypu: koncepcja indywidualistyczna oraz koncepcja społeczno-prawna. Pierwsza z nich stanowi, że każdy człowiek ma naturalne i przyrodzone prawo do obrony swoich dóbr przed zamachami innych osób o charakterze bezprawnym. Koncepcja ta kładzie nacisk na fakt, że podjęcie obrony przez daną osobę jest wynikiem suwerennej decyzji każdej osoby, której dobro jest zagrożone³. Pogląd ten znajduje wielu zwolenników wśród przedstawicieli doktryny, jak chociażby u L. Gardockiego, który twierdzi, iż każdemu człowiekowi wolno bronić swojego prawa przed bezprawiem⁴. Druga koncepcja, tzw. społeczno-prawna, koncentruje się wokół obrony spokoju i ładu społecznego, szczególnie przed bezprawnymi zamachami osób trzecich. Obywatel więc może – a niektórzy uważają, że jest wręcz zobowiązany – do obrony nie tylko dóbr własnych, ale przede wszystkim powinien skupiać się na obronie porządku prawnego, co jest nie do pomyślenia według poprzedniego stanowiska⁵.

Należy wyraźnie podkreślić, że w obu tych koncepcjach obrona konieczna uznawana jest za uprawnienie, a nie obowiązek, osoby odpierającej zamach⁶.

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny. Druk nr 3224, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3224>, dostęp: 1 lipca 2015.

² <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3224>, dostęp: 1 lipca 2015.

³ J. Kulesza, w: L. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. Tom 4*, Warszawa 2013, s. 161.

⁴ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 113.

⁵ J. Kulesza, *op. cit.*, s. 161.

⁶ *Ibidem*, s. 161.

W doktrynie tłumaczone jest to faktem, iż odpierający zamach zawsze może zrezygnować z podejmowania działania i np. uciec z miejsca zdarzenia⁷.

Istota obrony koniecznej opiera się na odpieraniu bezpośredniego oraz bezprawnego zamachu na jakiekolwiek dobro, które jest chronione prawem⁸. Wszystkie znamiona wymienione w przepisie art. 25 k.k. muszą zostać spełnione, aby można było mówić o zastosowaniu tej instytucji. Znamiona można podzielić na takie, które odnoszą się do zamachu, i na takie, które dotyczą podjętej obrony⁹. Zamach musi spełniać kilka kryteriów, a mianowicie: dać się zakwalifikować jako rzeczywisty, bezprawny i bezpośredni, a także w takim rozumieniu powinien być nakierowany na jakiekolwiek chronione prawem dobro. Za cechy obrony uważa się konieczność oraz nakierowanie działań człowieka na odparcie zamachu, motywowane wolą jego odparcia¹⁰. Podnoszona jest także współmierność obrony do dokonanego zamachu.

Instytucja obrony koniecznej najwięcej kontrowersji budzi przy prawidłowym określeniu jej granic. Wadliwa wykładnia normy zawartej w przepisie art. 25 k.k., najbardziej dotyczącej ogółu społeczeństwa ze względu na swoją tematykę, może stanowić przyczynę spadku zaufania społecznego do norm prawnych, a tym samym skutkować brakiem poszanowania dla takiego prawa. Przede wszystkim podnoszony jest postulat, że proces wykładni warunków obrony koniecznej nie powinien prowadzić do zawężenia w niebezpieczny sposób możliwości powołania się osoby odpierającej zamach na działanie w ramach tego kontrotypu¹¹.

Przechodząc do projektu zmiany Kodeksu karnego w zakresie art. 25 k.k., zakłada on dodanie nowego § 3a, który wprowadzałby dodatkowe okoliczności niepodlegania karze przez osobę przekraczającą granice obrony koniecznej. Uzasadnienie projektu poselskiego opiera się na podkreślanu niesprawiedliwego, według autorów, dopatrywania się ekscesu intensywnego tam, gdzie broniący się korzystał z prawa do obrony koniecznej.

Warto przypomnieć, na czym polega eksces, który przy obronie koniecznej może przyjąć formę ekscesu intensywnego bądź ekstensywnego. Eksces, jako przekroczenie granic obrony koniecznej, skutkuje sytuacją, gdzie nie można zaliczyć do działania zgodnego z prawem działania obronnego podjętego przez osobę, która jest atakowana. Eksces ekstensywny polega na przedwczesnym

⁷ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 113.

⁸ M. Szafraniec, *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, Zakamycze 2004, s. 15.

⁹ J. Kulesza, *op. cit.*, s. 174.

¹⁰ *Ibidem*, s. 174.

¹¹ M. Szafraniec, *op. cit.*, s. 29.

albo spóźnionym działaniu obronnym, czyli w sytuacjach, gdy nie można było jeszcze mówić o bezpośrednim zamachu, bądź w sytuacji, gdy zamach już ustał. W przypadku ekscesu intensywnego, zachodzi on w dwóch sytuacjach: gdy mamy do czynienia z rażącą dysproporcją dóbr (wybrany sposób obrony jest niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu), lub gdy sposób obrony nie jest konieczny, aby odeprzeć nadchodzący zamach¹².

Uzasadnienie projektu poselskiego z 19 stycznia 2015 roku ukazuje interesujący punkt widzenia projektodawcy, a także pomysły na rozwiązanie obecnie istniejących problemów z zastosowaniem normy dotyczącej obrony koniecznej.

Uzasadnienie zaczyna się od opisu potrzeb i celów wprowadzenia kolejnej nowelizacji ustawy. Wskazane jest, że: „W niniejszym projekcie dokonano zmiany dotyczącej określonego w art. 25 Kodeksu karnego kontratypu obrony koniecznej. Przepis ten był wprawdzie przedmiotem dokonanych, jak i projektowanych nowelizacji, jednak zdaniem projektodawców zmiany te w sposób niewystarczający uwypukliły sens poszerzenia granic obrony koniecznej”¹³.

Prawdopodobnie projektodawca odwołuje się w tym fragmencie do zmiany w art. 25 KK, która została wdrożona ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku, a wejdzie w życie 1 lipca 2015 roku. Przytoczona nowelizacja uchyliła § 4 i 5 art. 25 k.k., ale nie dokonała żadnych zmian w poprzedzających paragrafach, które ze względu na swoją tematykę wydają się być bardziej interesujące dla projektodawcy – w szczególności § 3 omawianego artykułu, który wyłącza karalność pewnej grupy osób, według projektodawcy nadmiernie ograniczonej.

W kolejnym fragmencie uzasadnienia projektodawca wskazuje na ogólne cele proponowanej zmiany: „Celem nowelizacji jest przesunięcie akcentu ze sfery emocjonalnej osoby odpierającej zamach na mający charakter zobiektywizowany przedmiot zamachu. Nowelizacja ma za zadanie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości dać obywatelom możliwość ochrony podstawowych wartości porządku społecznego przed bezprawnymi zamachami z uwzględnieniem jedynie przedmiotu ataku napastnika”¹⁴.

W odniesieniu do wymienionej sfery emocjonalnej, projektodawca w oczywisty sposób odnosi się do § 3 art. 25 k.k., który to stanowi, że: „nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub

¹² L. Gardocki, *op. cit.*, s. 118.

¹³ Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny. Druk nr 3224, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3224>, dostęp: 1 lipca 2015.

¹⁴ *Ibidem*.

wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”. Podkreślić należy, że powyższy paragraf stanowi wyzwanie interpretacyjne dla praktyki. Wiele różnych stanowisk interpretacyjnych może uczynić ten paragraf nieczytelnym oraz kłopotliwym do zastosowania. Szczególnie interesująco brzmi zdanie drugie przytoczonego fragmentu, które może wskazywać, że obecny stan prawny nie gwarantuje obywatelowi możliwości ochrony podstawowych wartości porządku społecznego przez zamachami. Wydaje się, że treść proponowanego paragrafu nie rozwiązuje problemu niejasności, a wręcz budzi wiele wątpliwości, chociażby przez sformułowanie „rażący”, użyte w końcowej części. Dodatkowo dość mocno kontrowersyjny wydaje się pomysł uwzględniania przy ocenianiu przekroczenia granic obrony koniecznej jedynie przedmiotu ataku napastnika.

Godnym uwagi wydaje się również następujący fragment uzasadnienia: „Jedną z przyczyn nowelizacji jest ciągle powracający temat stawiania zarzutów karnym osobom, które chronią siebie, swoje mienie i porządek społeczny przed bezprawnymi zamachami ze strony osób trzecich”¹⁵.

Wydaje się, że powyższe sformułowanie jest znacznym uproszczeniem rzeczywistości. Występującym w praktyce problemem jest to, że sądy potrafią bez dostatecznego uzasadnienia orzec naruszenie granic obrony koniecznej przez broniącego, poprzez dokonanie przed niego jednego z ekscesów. Jednakże nie można wykluczyć, że dana osoba rzeczywiście naruszyła granice obrony koniecznej, a w takim przypadku powinna za to odpowiadać. Sądy biorą pod uwagę całe spektrum elementów zawartych w art. 25 k.k., na przykład: czy obrona jest konieczna, współmierna do ataku, a także odpowiednio motywowana. Nieuzasadnionym wydaje się postulat, aby dawać społeczeństwu prawie nieograniczoną możliwość uniknięcia odpowiedzialności za przekroczenie granic obrony koniecznej. Przykładowo – nie byłoby sprawiedliwe, gdyby osoba kradnąca jabłko z sadu została postrzelona, bo odpierający zamach nie chciał podbiec do jabłonki, chociaż miał taką możliwość i nie zostałby on ukarany za przekroczenie granic obrony koniecznej. Projektodawca nie uzasadnia dawania osobom korzystającym z obrony koniecznej nieograniczonych środków, a zarazem nie uwzględnia faktu, że może się okazać, że ludzie korzystający z obrony koniecznej częściej będą używać środków powodujących większe straty u osoby dokonującej zamachu niż osoba ta rzeczywiście zdąży wyrządzić danemu dobru.

¹⁵ *Ibidem*.

Interesujący jest również kolejny fragment uzasadnienia: „Nowelizacja ma jednocześnie zachęcić obywateli do przeciwdziałania aktom przemocy ze strony napastników bez strachu przed poniesieniem z tego tytułu odpowiedzialności karnej”¹⁶.

Wydaje się, że zamiast terminu „zachęcić” właściwszy byłby np. „uświadamiać”. Oczywiście jest fakt, że ludzie powinni mieć szansę bronięcia siebie lub jakiegokolwiek ważnego dla nich dobra przez bezprawnym zamachem. Jednakże, co już było podkreślane powyżej, wprowadzanie zupełnej bezkarności wśród osób odpierających bezprawny zamach nie wydaje się być celowym zabiegiem, ponieważ może doprowadzić do stosowania samowoli co do środków, które dana osoba może zastosować tak, by stały się one jak najbardziej dolegliwe. Stoi to w sprzeczności z prawami człowieka, które powołują się na stanowisko głoszące, że nikt nie powinien zostać niesłusznie, a także niesprawiedliwie ukarany za popełniony przez siebie czyn.

Kolejny fragment przyciągający uwagę brzmi następująco: „W końcu nowelizacja ma za zadanie ochronę obywateli przed uznaniowymi działaniami organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości przy interpretacji niejasnych i nieodokreślonych zwrotów w postaci strachu i wzburzenia, które dodatkowo mają być usprawiedliwione okolicznościami zamachu”¹⁷.

Trudno jest się nie zgodzić w projektodawcą, że istnieją problemy z interpretacją powyżej przedstawionych zwrotów. Sformułowanie obecnie występujące w art. 25 § 3 k.k., czyli „strachu i wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”, może być postrzegane jako niejasne przez adresatów normy. Jednakże rozwiązania wprowadzone w omawianym projekcie wydają się nie tłumaczyć dotychczasowej niejasności przepisów, a wręcz w praktyce może okazać się, że przyniosą skutek odwrotny do zamierzonego. Przykładowo proponowane sformułowanie: „chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej miało charakter rażący”, którego nie da się zinterpretować jednoznacznie, a które nie zostało wyjaśnione w żaden sposób w uzasadnieniu do projektu poselskiego.

Fragment, który szczególnie zasługuje na rozpatrzenie, brzmi: „Zgodnie z § 3a dodanym do art. 25 Kodeksu karnego, w sytuacji gdy przekroczenie granic obrony koniecznej nastąpi przy odpieraniu bezprawnego zamachu godzącego w bezpieczeństwo powszechne, życie, zdrowie, wolność, wolność seksualną lub mienie, a w przypadku zamachu na mienie sprawca będzie działał z użyciem przemocy lub w miejscu, które najogólniej nazwać można domostwem

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

zaatakowanego, następować będzie uchylenie karalności czynu osoby odpierającej zamach w zasadzie bez względu na sposób wybranego przez zaatakowanego sposobu obrony i konsekwencji jakie ta obrona przyniosła napastnikowi ze śmiercią włącznie”¹⁸.

Wydaje się, że dobra narażone na bezprawny zamach zostały wyliczone w proponowanym paragrafie w sposób enumeratywny. Sytuacja, kiedy następować będzie uchylenie karalności osoby odpierającej zamach, wydaje się być dość nierówna. Zauważyć należy, że w przypadku naruszenia mienia wyłączeniu spod odpowiedzialności karnej będzie podlegała osoba, której domostwo zostanie w tym celu zaatakowane, lub w przypadku, gdy zamach nastąpi z użyciem przemocy. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której przy naruszeniu mienia powyższy fragment nie będzie miał zastosowania. Po raz kolejny podkreślenia wymaga fakt, że pomysł uchylenia karalności osoby odpierającej zamach bez względu na sposób odparcia zamachu i konsekwencji, jakie ta obrona przyniosła napastnikowi, wydaje się chybiony. Szczególnie sformułowanie „ze śmiercią włącznie” wymaga potępienia. Jeżeli współmierność między obroną a zamachem nie będzie badana, to z czysto teoretycznego punktu widzenia będzie można praktycznie bezkarnie uśmiercić osobę, która naruszy dobro wymienione w nowym paragrafie. Projekt ten wydaje się naruszać kilka podstawowych praw człowieka, jak np. z prawem do życia czy z zakazem stosowania tortur czy niehumanitarnego traktowania. W innej części uzasadnienia projektodawca stwierdza, że usprawiedliwione jest podjęcie wszelkich środków mających na celu powstrzymanie napastnika przed zamachem.

Warty zauważenia wydaje się także następujący fragment: „Jeżeli przekroczenie granic obrony koniecznej miało mimo wszystko charakter rażący, osoba odpierająca zamach może skorzystać z instytucji niepodlegania karze przewidzianej w art. 25 § 3 Kodeksu karnego, to jest wtedy, gdy rażące przekroczenie granic nastąpiło pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami. Wreszcie, nawet pomimo rażącego przekroczenia granic obrony koniecznej, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary przewidziane w art. 25 §2 Kodeksu karnego”¹⁹.

Powyższy cytat z uzasadnienia prezentowanego projektu wprowadza pewną szczególną zależność pomiędzy paragrafami art. 25 k.k. W przypadku, gdy osoba dokonująca rażącego naruszenia granic obrony koniecznej nie będzie podlegała wyłączeniu odpowiedzialności karnej z nowego paragrafu, nie bę-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

dzie to jednocześnie oznaczać, że będzie ona mogła podlegać takiemu wyłączeniu z § 3. Trzeba pamiętać o wymogu spełnienia zawartych tam przesłanek. Na marginesie warto zaznaczyć, że powinno unikać się przepisów, które można stosować zamiennie, szczególnie zawartych w tym samym artykule. Omówiona powyżej zależność nie sprawi, że norma zawarta w art. 25 k.k. stanie się jaśniejsza czy bardziej czytelna dla przeciętnego odbiorcy, a przecież takie były główne założenia proponowanej nowelizacji. Te same uwagi dotyczą zastosowania § 2 art. 25 k.k., w odniesieniu do którego projektodawca prawdopodobnie zapomniał, że w celu nadzwyczajnego złagodzenia kary muszą zostać spełnione odpowiednie przesłanki, a sam § 2 nie powinien być traktowany jako zamiennik dla § 3 czy ewentualnego § 3a.

Ostatni cytowany fragment z uzasadnienia wniesionego projektu poselskiego brzmi: „(...) doktryna prawa karnego, chcąc uniknąć absurdalnych zastosowań prawa do obrony koniecznej w sytuacjach nietypowych (...), wypracowała zbyt szerokie ograniczenie obrony koniecznej stosowane także do sytuacji klasycznej agresji. Stąd też projektodawcy wychodzą z założenia, że wyłącznie oddzielne uregulowanie prawa do obrony życia i podstawowych dóbr osobistych oraz domostwa przywróci postulowaną od lat funkcjonalność i społeczną akceptację instytucji obrony koniecznej. Nie bez znaczenia pozostaje też fakt, iż proponowana zmiana dzięki spójności aksjologicznej sprowadzającej się w pewnym uproszczeniu do wzmożonej ochrony życia i domostwa przed bezprawnym zamachem jest niezwykle czytelna i stanowić może łatwo przyswajalny komunikat dla wszystkich jej adresatów. Argument ten jest o tyle istotny, że obecna regulacja w odczuciu społecznym jest w wysokim stopniu nieczytelna i nie sprzyja budowaniu zaufania do organów stosujących prawo”²⁰.

Powyższe rozważania wydają się w równej mierze odnosić do przytoczonego powyżej fragmentu. Zgodzić się należy, że prawo powinno pozostać czytelne dla każdego przeciętnego człowieka, który nie zna się na interpretacji przepisów prawa. Jednakże, a może przede wszystkim, prawo winno być także spójne wewnętrznie, zgodne z zasadami prawidłowej legislacji, ale przede wszystkim gwarantować sprawiedliwość zarówno dla pokrzywdzonego, jak i zamachowca. Zadać sobie należy pytanie, do kogo przede wszystkim jest adresowany przepis o obronie koniecznej – do zwykłego człowieka, czy może raczej do prawników. Jeżeli przepis jest w większym stopniu skierowany do prawników, to wydaje się, że nowy paragraf może rodzić jedynie niepotrzebne

²⁰ *Ibidem*.

problemy w jego stosowaniu w praktyce ze względu na zawarte w nim niejasności. Sprzeczne jest to z założeniami projektodawców. Na marginesie warto dodać, że jeżeli przepis nie jest czytelny, to taka sytuacja nie będzie służyć poprawie zaufania społeczeństwa do organów stosujących prawo, co znowu kłóci się z głównym celem projektodawców.

Zrozumiałą jest postulat oceniania obrony koniecznej nie z pozycji skutków, jakie ta obrona wywołała, lecz z pozycji *ex ante*. Możliwe, iż dzięki pogłębieniu sposobności stawiania się w sytuacji pokrzywdzonego, sądy mogłyby lepiej ocenić, czy doszło do naruszenia granic obrony koniecznej. Pamiętać należy, że ocenianie dokonanej sytuacji z pozycji *ex ante* zawsze wiązać się będzie z występowaniem pewnego elementu subiektywnego ze strony sędziego.

Do uzasadnienia projektu została także dołączona ocena niniejszego projektu dokonana przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Podnosi on, że postulowane w projekcie zmiany są raczej problemem stosowania niż stanowienia prawa. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu projektu wydaje się świadczyć o tym, że kwestia oceny zachowania ofiary jako ekscesu intensywnego może być rozwiązana z pominięciem dokonywania zmiany art. 25 k.k. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w swojej ocenie zauważył, iż rozwiązanie wymaga gruntownego, całościowego badania praktyki. Projektodawca przytacza i interpretuje w uzasadnieniu zaledwie kilka orzeczeń, które w dodatku w większości są uchylane w drugiej instancji i w związku z tym powinny być ocenione przez projektodawcę jako przykład poprawnego stosowania prawa. Projekt ten zakłada swoiste domniemanie wadliwości wszystkich przypadków kwalifikowanych jako przekroczenie granic obrony koniecznej. Podkreślone zostało, że zwrot „rażący” może wywołać efekt odwrotny do zamierzonego, ponieważ w przypadku proponowanego paragrafu wydaje się on być zdecydowanie nietrafny. Dodatkowo podniesione zostało, iż projekt ten może okazać się w dużej mierze sprzeczny z Konwencją Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zakresie, w jakim narusza on prawa atakującego określone dobro, w szczególności wprost pozwalając na jego uśmiercenie bez względu na sposób naruszenia oraz rodzaj naruszonego dobra. Na końcu zauważone zostało, że istnieje duży problem z nakładaniem się na siebie § 3 i proponowanego §3a w art. 25 k.k.

Podsumowując, warto zauważyć, że przepis art. 25 k.k. jest problematyczny w związku z jego stosowaniem w praktyce. Obecnie występujące sformułowania uważane są za niejasne i skutkujące wątpliwościami, które niestety w przeważającej mierze uderzają w odpierającego zamach człowieka. Jednakże za-

miast szukać lepszego rozwiązania obecnej sytuacji, omawiany projekt posełski z 19 stycznia 2015 roku wydaje się wprowadzać więcej zamieszania i niejasności mimo przeciwnych zamierzeń projektodawców.

Deliberations on the proposal to extend the limits of self-defense in project from 19th January 2015

The article will discuss the parliamentary project from 19th January 2015 on the amendment to the Penal Code, which concerns the addition of a new paragraph (§ 3a) to article 25. In justification of this project authors claim a new subtype of self-defense should be introduced to Polish criminal law. This new subtype purports to be more clear for the addresses than already existing regulations deemed inadequate by the authors. At present only person whose acting under the influence of fear or emotion justified by the circumstances of the attack would not get punished for exceeding the limits of necessary defense. The proposed amendment significantly broadens the scope of people who cannot be punished for exceeding the limits of self-defense. Due to the authors of the project the most contentious aspect of present regulation of self-defense is the practical application of intensive excess. Very often people exceeding limits of necessary defense are subjected to criminal liability by the first instance court but then they are released from liability by the court of appeal. This problem arises from ambiguities in definition of the limits of self-defense. This article will consider whether introduction of a new paragraph (§ 3a) to the Penal Code will deepen uncertainty contrary to its designers' intention.

Milena Garwol*

Środki zabezpieczające w świetle ustawy nowelizującej z dn. 20 II 2015 r. Wybrane zagadnienia

W artykule została przedstawiona regulacja rozdziału X Kodeksu karnego obowiązująca od 1 lipca 2015 roku. W poszczególnych częściach opracowania zaprezentowano treść nowych przepisów, poddając je krótkiemu komentarzowi, przy jednoczesnym posiłkowaniu się treścią projektu ustawy i wniosków Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka kierowanych do Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Prokuratora Generalnego w sprawie wystąpienia z wnioskiem o zbadanie zgodności z Konstytucją przepisów 93a – 93g Kodeksu karnego. Również własne przemyślenia autorki skłaniają do podstawienia raczej krytycznego osądu proponowanego rozwiązania. Sam kierunek zmian zaproponowany w ustawie nowelizującej, wypada ocenić pozytywnie, bowiem głównym celem postanowień ma być podjęcie działań mających przywrócić sprawcę do stanu zdrowia. Regulacje ustawowe przeczyć mogą jednak tezie zawartej w uzasadnieniu projektu. Analizie poddano przede wszystkim katalog środków zabezpieczających, przesłanki ich zastosowania, a także zasady orzekania, zwracając szczególną uwagę na nowości. Wykazywano, że wbrew twierdzeniom ustawodawcy, środki zabezpieczające mogą mieć bardziej penalny niż prewencyjny charakter. Zauważono także brak regulacji postępowania w razie konfliktu wykonywania kar w formie dozoru elektronicznego i wolnościowego środka, jakim jest kontrola miejsca pobytu. Wyrażono sceptycyzm co do stosowania innych

* Studentka V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

ustaw wobec sprawców mogących być internowanymi. Omówiono też stosowanie terapeutycznych środków zabezpieczających w kontekście obowiązku uzyskiwania zgody zainteresowanego.

1. Wstęp

Punktem przewodnim niniejszego opracowania będzie omówienie funkcjonowania środków zabezpieczających po 30 czerwca 2015 roku. Przeprowadzana analiza jest przydatna z kilku powodów. Najważniejszym z nich są zmiany normatywne wprowadzane do rozdziału X Kodeksu karnego ustawą z dn. 20 II 2015 roku¹. Po wtóre, nowela pociąga za sobą konieczność modyfikacji niektórych przepisów k.p.k. (głównie art. 354 k.p.k.) i co oczywiste – k.k.w. Nowo wprowadzane przepisy w znacznym stopniu zmieniają filozofię orzekania i wykonywania środków penalnych w ogólności, dlatego trzeba będzie je ocenić pod kątem innych wartości chronionych prawem. Stosowanie środków zabezpieczających ze swej istoty godzi w prawa jednostki pozostające w kolizji z dobrem, jakim jest bezpieczeństwo społeczne. Ważnym elementem opracowania będzie zbadanie relacji między różnymi formami reakcji na czyn zabroniony, a mianowicie karami i środkami zabezpieczającymi, co umożliwi zasygnalizowanie niektórych kontrowersji związanych z nowelizacją Kodeksu karnego. Warto podkreślić, że aksjologiczny kontekst umożliwi spojrzenie na problem z szerszej perspektywy, co z pewnością zaowocuje postawieniem postulatów *de lege ferenda*, których trafność zostanie oceniona przez Czytelników. Założeniem tekstu jest teza, mówiąca o tym, że oddziaływanie mające poprawić jego kondycję bytową winno być traktowane jako równorzędny wobec prewencji cel stosowania środków zabezpieczających.

2. Projekt noweli Kodeksu karnego: kilka słów o stosowaniu środków zabezpieczających

Niewątpliwie słuszne są głosy niektórych przedstawicieli doktryny mówiące o rewolucyjnych zmianach w postępowaniu karnym wprowadzanych ustawą z dn. 27 IX 2013 roku². Obserwujących dynamikę zmian w prawie karnym może dziwić przeprowadzenie nowelizacji w Kodeksie karnym, która ma

¹ Dz.U. 2015, poz. 395.

² Dz.U. 2013, poz. 1247 z późn. zm.

się zbiec z wejściem w życie nowych przepisów k.p.k. O tym, czy nowe regulacje procesowe i materialne odmieniają oblicze procedury karnej, przekonamy się później. To również nie czas i miejsce na rozważania opisujące modele orzekania środków zabezpieczających – powstało już bowiem wiele publikacji w sposób kompleksowy odnoszących się do tego zagadnienia³. Zadaniem Autorki będzie jedynie zarysowanie mogących się pojawić w niedalekiej przyszłości problemów. W tym momencie warto przytoczyć powody, dla których twórcy projektu zmian w Kodeksie karnym⁴ zdecydowali się na zmianę przepisów dotyczących środków zabezpieczających.

W uzasadnieniu projektu noweli dużo mówi się prewencyjnym oddziaływaniu zabezpieczenia wobec sprawców niebezpiecznych dla otoczenia. Podkreślono, że „służą one zabezpieczeniu przed zagrożeniem porządku prawnego, powodowanym przez sprawcę”⁵. Teza ta nie budzi większych uwag – głównym zadaniem tychże mechanizmów jest właśnie odizolowanie najgroźniejszych jednostek, których zachowanie zrealizowało znamiona czynu zabronionego od społeczeństwa⁶. Oczywiście zdaje się twierdzenie mówiące o tym, że takie odseparowanie od świata ma być dokonane w sposób najmniej uciążliwy dla samego sprawcy, tak by jego prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie doznały jak najmniejszego uszczerbku⁷. Zdaniem projektodawcy obie wspomniane funkcje spełni ta nowelizacja. Dość wyraźnie podkreśla się rangę wprowadzenia wolnościowych środków zabezpieczających, czyli dozoru kuratora, jak i elektronicznej kontroli pobytu, jednak tylko ten ostatni będzie funkcjonował od 1 lipca 2015 roku.

³ Najbardziej kompleksowym i aktualnym opracowaniem ukazującym przedmiotową tematykę jest monografia J. Gierowskiego i L.K. Paprzyckiego, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013. Na uwagę zasługuje podobne tematycznie opracowanie J. Konikowskiej-Kuczyńskiej, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym wobec skazanych uzależnionych od środków odurzających lub substancji psychotropowych*, Warszawa 2014. Niezwykle interesujące jest opracowanie K. Krajewskiego porównującego model europejski model dwutorowy z jednotorowym amerykański, *Kilka uwag o tzw. dwutorowości prawa karnego*, w: A. Rzepliński, I. Rzeplińska M. Niełacna, P. Wiktorska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty, Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, Warszawa 2013, s. 108-125.

⁴ Zob. druk sejmowy o numerze 2393 <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=AE8BCC6CA5B2782EC1257CDE003CC471>, dostęp: 22.05.2015.

⁵ Zob. *Uzasadnienie projektu*, s. 143: <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>, dostęp: 22.05.2015.

⁶ Zob. W Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 547.

⁷ Zob. J. Gierowski, L.K. Paprzycki, *op. cit.*, s.256, a także T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi o znaczeniu zasady proporcjonalności dla stanowienia prawa*, w: A. Rzepliński, I. Rzeplińska M. Niełacna, P. Wiktorska (red.), *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty, Księga Jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, Warszawa 2013, s. 56.

Perspektywa ustanowienia takiego właśnie unormowania wydaje się atrakcyjna, szczególnie dla osób, którym bliska jest tematyka ochrony praw człowieka, gdzie zwraca się uwagę na leczenie sprawcy i udzielenie mu pomocy w readaptacji do społeczeństwa. Wypada uznać za chwalebne podkreślenie znaczenia praw jednostki, której wolność ma być ograniczona. Jako pozytywna jawi się próba tworzenia systemu odzwierciedlającego dorobek psychiatrii, odwołująca się do nowoczesnych metod terapeutycznych, powoływany niejednokrotnie w uzasadnieniu. Mając na uwadze jedynie zapisy poczynione w tym dokumencie, nowemu przedsięwzięciu legislacyjnemu trzeba postawić pozytywną diagnozę. Czytelnik zwróci uwagę na chęć jednoczesnego zapewnienia bezpieczeństwa społeczeństwa, jak i ochrony praw poszczególnych sprawców. Wypada wręcz pochwalić ustawodawcę za sprawne i wyważone *in abstracto* uregulowanie tak delikatnej materii. Wgłębiając się jednak w treść przepisów rozdziału X, dobre wrażenie, jak i pozytywny odbiór spowodowane pierwszą lekturą uzasadnienia mogą ulec osłabieniu. Na kartach opracowania zostaną wykazane poszczególne, subiektywnie zaproponowane przez autorkę, komplikacje związane z nowym stanem prawnym. Zastrzec należy, że krytyczne odwoływanie się do niektórych ustaleń ustawowych nie wpływa jednak na pozytywną ocenę kierunku zmian.

Warto zasygnalizować, że pojawiły się już głosy przedstawicieli organizacji pozarządowych dotyczące wprowadzanej regulacji. 16 maja 2015 roku na stronie internetowej Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka pojawił się wpis poddający krytyce przyszły model środków zabezpieczających⁸ wraz z załączonymi wnioskami do Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego, w których organizacja zwraca się do podmiotów o rozważenie wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego mającego na celu zbadanie konstytucyjności ustawy z dn. 20 II 2015 roku, co organy mogą uczynić na podstawie art. 191 ust. 1 Konstytucji. Przedmiotem opracowania nie będzie omówienie argumentów przedstawionych w pismach, choć niektóre z nich uznać należy za trafne. Szersza analiza zostanie poczyniona w dalszej części opracowania.

3. Katalog środków zabezpieczających i ich orzekanie

⁸ <http://www.hfhr.pl/stosowanie-srodkow-zabezpieczajacych-a-nowelizacja-kodeksu-karnego/>, dostęp: 22.05.2015.

Fundamentalną zmianą w stosunku do obecnego stanu prawnego jest stworzenie jednolitego modelu orzekania środków zabezpieczających w miejsce poprzednio obowiązującego modelu „rozłożonego” na różne środki, gdzie każdy z osobna został poddany swoistej regulacji. Owa jednolitość rozumiana będzie jako stworzenie ogólnych przesłanek mogących być aplikowanymi do konkretnego stanu faktycznego. Derogowano zatem art. 93 – 98 k.k., w zamian ustanawiając przepisy art. 93a – 93g k.k. W poszczególnych, powiązanych ze sobą jednostkach redakcyjnych Kodeksu karnego ustanowiono katalog środków (art. 93a k.k.), wskazano zasady ich stosowania (art. 93b k.k.), ustanowiono katalog sprawców, wobec których mogą być orzeczone (art. 93c k.k.), ramy czasowe stosowania środków (art. 93d k.k.), jak i obowiązki związane z poszczególnymi środkami (art. 93e – 93g k.k.). Jak wykazano, tak zaproponowana systematyka zdecydowanie różni się od wcześniej przyjętej. Dla lepszego rozeznania dalszych wywodów zawartych w artykule, autorka zobowiązuje się przytoczyć nowe przepisy art. 93a – 93g k.k.

Zgodnie z przepisami obowiązującymi od 1 lipca 2015 r. do katalogu środków zabezpieczających należeć będą *elektroniczna kontrola miejsca pobytu, terapia, terapia uzależnień i pobyt w zakładzie psychiatrycznym*. Kolejność ich prezentacji opiera się na kryterium dolegliwości dla sprawcy – od najmniej dokuczliwych do tych najbardziej ingerujących w wolność jednostki. Takie ukształtowanie zawarte w ustawie nadaje prym zasadom proporcjonalności i konieczności, co winno stanowić wskazówkę dla sądu mającą na celu orzekanie o jak najmniej dolegliwych środkach (oczywiście w miarę możliwości). Wspomniany zabieg legislacyjny podobny jest do regulacji zawartej w art. 58 k.k. stanowiącym wyraz zasady *ultima ratio* przy orzekaniu kary pozbawienia wolności. Podobne rozwiązanie na gruncie środków zabezpieczających wypada ocenić pozytywnie. Zupełne *novum* w systemie stanowi uregulowanie wolnościowego środka zabezpieczającego, jakim jest elektroniczna kontrola miejsca pobytu, oceniana przez projektodawcę jako nowoczesna i odpowiadająca duchowi postępu zmiana⁹. Pozytywna ocena tego środka może zostać osłabiona, zważywszy na konflikt przepisów rozdziału X z możliwością wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego na podstawie rozdziału VIIa k.k.. Co ciekawe, ustawodawca nie wyklucza jednoczesnego orzeczenia kary w takiej formie, jak i środka w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu. Może się okazać, że ta sama osoba nosząca dwie „bransoletki”,

⁹ Zob. *Uzasadnienie projektu*, s. 144-145.

jest kontrolowana podwójnie. Mówienie w tej sytuacji o wolnościowym charakterze którejkolwiek z sankcji, doznać musi daleko idącego uszczerbku. Tym bardziej, że zgodnie z art. 93e „sprawca, wobec którego orzeczono elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, ma obowiązek poddania się *nieprzerwanej* (podkr. – M.G.) kontroli miejsca swojego pobytu sprawowanej za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego nadajnika”.

4. Zasady orzekania środków zabezpieczających w kontekście innych reakcji na czyn zabronionych przewidzianych w Kodeksie karnym

Zasady (dyrektywy) orzekania środków zabezpieczających ukazane zostały w art. 93b, który mówi, iż „sąd może orzec środek zabezpieczający, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego (jakiegokolwiek – przyp. M.G.), a inne środki prawne określone w tym kodeksie lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające”. Sformułowanie zawarte w przepisie wydaje się nie do końca trafne, przepis ten można wyklądać na dwa różne sposoby. Z jednej strony posłużenie się zwrotem „może orzec” miałooby oznaczać fakultatywność orzekania środków, tak jak ma to miejsce w przypadku innych instytucji prawa karnego (np. fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary przy usiłowaniu nieudolnym na podstawie art. 14 § 2 k.k.). z drugiej strony, możliwość taka występuje, gdy jest to *konieczne*, aby zapobiec popełnieniu nowego czynu zabronionego. Wydaje się, że w razie stwierdzenia przez sąd istnienia takiej przesłanki, orzeczenie o środku będzie obowiązkowe, choć teza ta wypowiedana jest dalece ostrożnie. Użycie w tekście Kodeksu tak wyraźnego i stanowczego znamienia, jakim jest słowo „konieczne” zdaje się przesądzać o wyższości drugiej opcji, pomimo chęci „prowolnościowej” interpretacji.

Nowo wprowadzone przepisy nie rozstrzygnęły sporu co do rozumienia pojęcia „czynu zabronionego” użytego w art. 93a – 93 g k.k. Zwrot „czyn zabroniony” można rozumieć dwojako, jako zawierający wyłącznie znamiona strony przedmiotowej, jak i zawierający również znamiona podmiotowe. Autorce bliższe i trafniejsze wydaje się przyjęcie tego drugiego poglądu, choćby ze względów celowościowych. Środki zabezpieczające nie są właściwym wyjściem w razie popełnienia przez sprawcę czynu charakteryzującego się nieumyślnością. W części ogólnej Kodeksu karnego przewidziano inne, bardziej odpo-

wiednie mechanizmy oddziałujące na takie osoby, choćby orzekanie kar ograniczenia wolności czy grzywny, które w większości przypadków będą wystarczające dla osiągnięcia celów kary. Orzeczenie któregośkolwiek ze środków wymienionych w art. 93a k.k. stanowiłoby w istocie karę dla sprawcy, który nie musi być odseparowany od otoczenia. Mając również na uwadze zasady orzekania środków zabezpieczających, w szczególności wspomnianą konieczność i proporcjonalność (co sprowadza się do uznania środka zabezpieczającego za reakcję *ultima ratio*), przyjęcie drugiej koncepcji zdaje się słuszne.

Nie sposób nie odnieść wrażenia, że ustawodawca odchodzi od ważnego celu orzekania o środkach zabezpieczających, jakim winno być leczenie sprawcy na rzecz prewencji ogólnej. W rozmyślaniach można pójść skrajnie daleko, a mianowicie pokusić się o stwierdzenie mówiące o zatarciu się granicy między środkami zabezpieczającymi a karami, z perspektywy (niejako automatycznej) dolegliwości dla sprawcy. Sama dyrektywa nakazująca orzekanie środka w razie spełnienia konieczności zapobieżenia czynowi zabronionemu dość dobitnie świadczy o prymie funkcji sprawiedliwościowej nad ochronną¹⁰. Co ciekawe, sam art. 53 k.k. normujący dyrektywy wymiaru kary umożliwia sądowi bardziej wszechstronną analizę danego przypadku. W art. 53 k.k. na pierwszy plan wysuwa się stopień winy i społecznej szkodliwości (której ocena na podstawie art. 93b § 1 w k.k. pozostaje obojętna, z wyjątkiem orzekania pobytu w zakładzie psychiatrycznym, gdzie społeczeństwo ma być uchronione przed popełnieniem przestępstwa o znacznej społecznej szkodliwości), dopiero w następnej kolejności baczny się na cele wychowawcze i zapobiegawcze.

Wypada wywieść, że niektórych przypadkach bardziej opłacalne dla samego sprawcy, ale też sprawiedliwe w odczuciu społecznym, będzie wymierzenie kary, nawet bezwzględnego pozbawienia wolności – sankcji, której granice są wyraźnie określone w wyroku sądowym. Taka opcja może wydać się dogodniejsza, gdy popatrzy się na nią pod kątem zastosowania instytucji probacyjnych, przede wszystkim warunkowego przedterminowego zwolnienia na mocy art. 78 k.k. Istnieje prawdopodobieństwo, że sens orzekania środków zabezpieczających zostanie sprowadzony do minimum, a kara kryminalna wykonywana we właściwym systemie stanie się remedium pozwalającym na spełnienie funkcji przypisywanych pierwotnie środkom zabezpieczającym.

Dodatkowym argumentem przemawiającym za prymatem represyjności środków zabezpieczających nad prewencją w kształcie nadanym ustawą z dn. 20 II 2015 roku, jest treść art. 93d § 5 k.k. stanowiący następująco: „jeżeli

¹⁰ O funkcjach prawa karnego szerzej W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 39-42.

sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary lub warunkowym zwolnieniu, chyba że ustawa stanowi inaczej”. Regulacja wyraźnie pozwala na przedłużenie ograniczenia konstytucyjnie chronionej wolności jednostki, czasem ponad stopień przypisywanej sprawcy winy mającej limitujące znaczenie dla orzekania kary¹¹ i to jeszcze na czas nieokreślony z góry (art. 93d § 1 k.k.)¹². Patrząc na to zagadnienie od bardziej praktycznej strony, bardziej zastanawiający wydaje się sens wykonywania środka po odbyciu przynajmniej części kary. Czy nie lepszym dla sprawcy, ale też generującym mniejsze koszty dla budżetu państwa rozwiązaniem byłoby obligatoryjne wyznaczenie systemu wykonania kary? Jeśliby w pełni zaakceptować zrównanie kar ze środkami zabezpieczającymi, co na gruncie nowych przepisów okazuje się zabiegiem nietrudnym, konsekwencje takiego założenia byłyby daleko idące. Istniałaby bowiem konieczność stosowania gwarancji wynikających z art. 42 Konstytucji RP¹³, co mogłoby powodować jeszcze większe problemy. Zdaniem autorki, przesądzanie o istocie samego modelu ujętego w art. 93a – 93g k.k. powinno być ostrożne. Mimo wyraźnie zarysowanych elementów represyjności, pozostaje on nadal modelem prewencyjnym, choć dającym sądom orzekającym szerokie narzędzia pozwalające na kształtowanie sytuacji sprawcy. Powodem, dla którego postawiona wyżej ocena nie może być nadto radykalna, są instrumenty nakazujące podejmowanie przez internowa-

¹¹ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 324.

¹² Omówienie kwestii terminowości stosowania środków zabezpieczających zasługuje na osobne omówienie innym, szerszym opracowaniu. Można podnosić argumenty przeciw utrwalonemu rozwiązaniu legislacyjnemu przyjmującemu orzekanie środków na czas nieokreślony z góry, powodującemu zagrożenie nieuzasadnionego ograniczania wolności osób. Założenie to wydaje się mylne – trudno z góry przewidzieć czas trwania terapii czy potrzebę umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym. Wystarczającym mechanizmem chroniącym jest obowiązek przeprowadzania kontroli wykonywania środka odbywającej się co sześć miesięcy, gdzie w razie pozytywnej oceny postępów sprawcy środek może być zmieniony lub nawet uchylony. Z perspektywy konstytucyjnej, bardziej wątpliwe wydaje się rozwiązanie dotyczące skazanych, wobec których sąd ogranicza możliwość ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie na podstawie art. 78 § 2 k.k., gdzie to w rzeczywistości sąd w sposób dalece swobodny (poparty jedynie jest subiektywną prognozą kryminologiczną) może kształtować sytuację prawną skazanego.

¹³ Zob. A. Barczak-Oplustil, *Środki reakcji „prawnokarnej” wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie dla życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób w perspektywie zasad zawartych w Konstytucji. Wybrane zagadnienia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, nr 4, s. 56.

nego leczenia w postaci terapii, terapii uzależnień czy innych kuracji farmakologicznych.

5. Uregulowania rozdziału X Kodeksu karnego a regulacje zawarte w innych ustawach

Warto kilka uwag poświęcić relacji rozdziału X Kodeksu karnego z innymi regulacjami tego kodeksu, a także pozostałymi aktami prawnymi regulującymi postępowanie z osobami cierpiącymi na zaburzenia psychiczne. Zdaje się, że główne znaczenie będzie mieć ustawa z dn. 19 VIII 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego (dalej u.o.z.p.)¹⁴, najbardziej odpowiadająca omawianej problematyce, która też pozwala na stosowanie przymusu w stosunku do osób cierpiących na zaburzenia psychiczne¹⁵. Różne są cele i założenia regulacji ustanowionych na poziomie Kodeksu karnego, jak i tych zawartych we wspomnianej ustawie, mającej bardziej cywilistycznych charakter¹⁶ i kładący większy nacisk na postępowanie z osobami cechującymi się takimi właściwościami. Z wypowiedzi w art. 93b § 1 k.k. zasady konieczności wynika, że w pierwszej kolejności badane winny być przesłanki wyrażone w pozostałych przepisach kodeksu, dopiero potem zasadność stosowania innych reakcji pozakodeksowych, a na samym końcu uzasadnione będzie orzeczenie środka zabezpieczającego. W konkretnym przypadku trzeba będzie wyważyć co będzie korzystne, ale również odpowiednie dla sprawy.

Do niektórych osób popełniających czyny zabronione (lub przestępstwa) na tle zaburzeń psychicznych, zastosowanie mogą mieć zarówno przepisy k.k. i u.o.z.p.. Takim przykładem może być przyjęcie pacjenta chorego psychicznie do szpitala psychiatrycznego bez uprzedniego uzyskania zgody w trybie art. 23 (i 29) u.o.z.p. Decyzję w tym zakresie podejmuje lekarz psychiatra po wcześniejszym osobistym zbadaniu osoby i konsultacji z innym specjalistą (art. 23 ust. 2 u.o.z.p.). Przyjęcie do szpitala wymaga zatwierdzenia przez ordynatora (lekarza kierującego oddziałem) w ciągu 48 godzin od chwili przyjęcia. Kierownika szpitala obowiązuje się do notyfikacji decyzji sądowi opiekuńczemu

¹⁴ Dz.U. 1994 nr 111 poz. 535 z późn. zm.

¹⁵ Zob. definicję „zaburzeń psychicznych” zawartą w art. 3 pkt 1 u.o.z.p.

¹⁶ J. Gierowski, L.K. Paprzycki, *Kontrowersje związane z ustawą z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób – perspektywa prawna i psychiatryczno-psychologiczna*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 155.

w ciągu 72 godzin od momentu przyjęcia pacjenta. Opcja przyjęcia do szpitala i podjęcia leczenia zamiast zastosowania środka zabezpieczającego może wydać się bardziej słuszną. Nie jest jednak pozbawiona pewnych komplikacji – jak należałoby postąpić w razie decyzji sądu o zastosowaniu takiego mechanizmu a przy sprzeciwie lekarza psychiatry, głównego decydenta? Nakazanie przyjęcia do szpitala nie wydaje się odpowiednim wyjściem. Przede wszystkim, to psychiatra posiada większą wiedzę z zakresu nauk medycznych i to on ma kompetencje do udzielania odpowiedniego świadczenia zdrowotnego. Po drugie, takie postanowienie sądowe mogłoby stanowić zbyt daleko idące wkroczenie w wolność wykonywania zawodu lekarza, co spotkałoby się ze (słusznym) sprzeciwem środowiska lekarskiego. Wyżej poczynione uwagi stanowią jedynie próbę ukazania problemu. Zdaje się, że lepszym rozwiązaniem byłoby oddzielenie regulacji środków zabezpieczających w Kodeksie karnym od innych ustaw, jak ma to miejsce do 30 czerwca 2015 roku. Specyfika analizowanych ustaw jest na tyle odmienna (począwszy od definicji, przesłanek i trybów orzekania o danych środkach na celu ustaw skończywszy), że ich postanowień w większości nie będzie dało się pogodzić, a co za tym idzie – odpowiednio zastosować.

6. Katalog sprawców, wobec których można orzekać środki zabezpieczające, i problematyka zgody na orzeczenie środka zabezpieczającego

W świetle art. 93c § 1 k.k. „środki zabezpieczające można orzec wobec sprawcy:

1. co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1,
2. w razie skazania za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2,
3. w razie skazania za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych
4. w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za umyślne przestępstwo określone w rozdziale XIX, XXIII, XXV lub XXVI, popełnione w związku z zaburzeniem osobowości o takim

charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia,

5. w razie skazania za przestępstwo popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka”.

Dobór podmiotów budził już zarzuty w doktrynie prawa karnego, szczególnie pod kątem poprawności metodologicznej¹⁷, które należy poczytać jako zasadne. Objęcie tą regulacją osób, których poczytalność w czasie popełnienia czynu była wyłączona lub znacznie ograniczona, jest w pełni akceptowalne. Problematyczna wydaje się możliwość stosowania środków wobec reszty wybranych osób. Z treści uzasadnienia projektu nowelizacji nie wynika, by wybór akurat takich sprawców poprzedzony był konsultacjami ze środowiskiem psychiatrów i psychologów.

Kwestią wywołującą zdziwienie jest możliwość orzeczenia środka zabezpieczającego wobec sprawców niektórych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, a także wolności popełnionych na tle seksualnym, nawet gdy zostali oni skazani na kary inne niż bezwzględne pozbawienie wolności. Przy uwzględnieniu dalszych części przytaczanego paragrafu, problem staje się jeszcze ciekawszy. Warto zadać pytanie o różnicę między zaburzeniami preferencji seksualnych, zaburzeniami osobowości uzasadniające wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego i uzależnieniem od alkoholu, uzasadniającą różne traktowanie osób wobec których można orzec środki zabezpieczające. Wydaje się, że dobór ustawodawcy cechuje się losowością, słabo uchwytną dla sądu orzekającego w danej sprawie. Szczególną, jeśli nie kluczową rolę odegrają w tej mierze biegli psychiatrzy lub psychologowie przeprowadzający badanie oskarżonego, których rola w sprawach z zakresu stosowania środków zabezpieczających i tak jest znacznie większa niż w przypadku opiniowania co do okoliczności faktycznych sprawy. To w rzeczywistości od ich opinii będzie zależeć dalsze postępowanie ze sprawcą.

Ostatnią już kwestią omawianą w tej części opracowania będzie treść art. 93f k.k. § 1 przepisu stanowi, że „sprawca, wobec którego orzeczono terapię, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie”. Na marginesie, posłużenie się zwrotem „w celu poprawy jego

¹⁷ Zob. I. Zduński, *Środki zabezpieczające w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 3, s. 59.

funkcjonowania w społeczeństwie” daje kolejny argument mogący być wykorzystanym przez zwolenników tezy o przewadze celu prewencyjnego (lub nawet represyjnego) nad ochroną praw jednostki. Jednak od „gry słownej” bardziej istotna w tym miejscu jest ocena obowiązku poddania się terapii. Według Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka ustanowienie takiego przepisu jawi się jako sprzeczne z Konstytucją RP. Zgodnie z poglądem wyrażonym w pismach kierowanych do Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego, zarzucono naruszenie zasady przydatności w ograniczeniu prawa do samostanowienia, wypracowanej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego¹⁸. Korzystanie z terapii czy terapii uzależnień (albo leczenia w ogólności) winno być podejmowane przez daną osobę dobrowolnie, w innym przypadku nie przyniosłoby oczekiwanych efektów¹⁹.

Dodatkowym argumentem negującym konstytucyjność tego przepisu, zdaniem organizacji, jest wykazanie nieścisłości w treści znowelizowanego Kodeksu karnego. W wypadku zawieszenia kary pozbawienia wolności, według art. 74 § 1 i 72 § 1 k.k., zgoda samego skazanego na poddanie się terapii jest wymagana. Problem obowiązku uzyskania zgody pojawia się szczególnie przy stosowaniu terapii farmakologicznej. Zdaniem Autorki, mieści się ona w pojęciu „zabieg leczniczy” (odnoszącego się przede wszystkim do działań terapeutycznych²⁰) zawartego w art. 192 k.k., który statuuje odpowiedzialność karną za ingerencję medyczną w ciało człowieka bez jego woli. Ponadto, mając na względzie możliwość występowania skutków ubocznych spowodowanych zażywaniem leków, obowiązek uzyskania zgody na terapię wydaje się jeszcze bardziej uzasadniony. Tak jak przyjęto w przypadku pozostałych zabiegów, zgoda nań mogłaby być wycofana w każdym czasie. W razie braku pewności co do świadomości i dobrowolności wyrażanej przez internowanego zgody (wyrażanej w pierwszej kolejności), nie widać formalnych przeszkód do odpowiedniego stosowania przepisów art. 32 i następnych Ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentystry²¹, a mianowicie uzyskania sądowej zgody zastępczej, gdzie dalej właściwym sądem orzekającym byłby sąd rodzinny (jako lepiej znający specyfikę takich postępowań). Tok rozumowania przedstawicieli fundacji odnoszący się do konieczności uzyskania zgody musi być całkowicie zaakcep-

¹⁸ Zob. *Wniosek HFPC*, s. 4: <http://www.hfhr.pl/stosowanie-srodkow-zabezpieczajacych-a-nowelizacja-kodeksu-karnego/>, dostęp: 22.05.2015.

¹⁹ *Ibidem*, s. 4.

²⁰ Zob. T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 153. M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 245 i n.

²¹ Dz. U. Dz.U. 1997 nr 28 poz. 152 z późn. zm.

towany. W przepisie procesowym, mianowicie w art. 354a § 2 k.p.k. ustanowiono jedynie możliwość uzyskania zgody przez sprawcę na podjęcie terapii lub terapii uzależnień. Można odnieść wrażenie, że ustanowienie takiego przepisu ma raczej uprościć procedurę orzekania środka, aniżeli w rzeczywistości chronić prawo do samostanowienia jednostki. Wniosek taki wysnuwa się z interpretacji art. 354a k.p.k., gdzie w razie wyrażenia woli poddania się środkom zabezpieczającym sądu nie obowiązuje się do wysłuchania biegłych, chyba że ten uzna to za wskazane. Odstąpienie od czynności procesowej może budzić zdziwienie. Wiedza i doświadczenie zawodowe biegłych powinny zostać wykorzystane przez sąd do podjęcia odpowiedniej decyzji w każdym wypadku. Posiadane przez nich wiadomości specjalne mają bowiem niebagatelne znaczenie, są gwarancją odpowiedniego doboru środków. Wydaje się, że nawet uprzednia zgoda na stosowanie tego środka nie powinna pozbawiać sprawcy należnych mu gwarancji prawidłowego wykonywania środka.

Warto zasygnalizować, iż sam mechanizm wyrażania zgody na terapię lub terapię uzależnień przypomina poniekąd stosowanie trybów konsensualnych, gdzie ceni się sprawność i szybkość podejmowanych działań. Przypomnieć należy, iż orzekanie środków zabezpieczających może zostać objęte porozumieniem z art. 335 k.p.k. („inne środki przewidziane za zarzucany występki”). Zdaje się, że taka możliwość nie odgrywa raczej większego znaczenia w praktyce – właściwie negocjujący obrońca, działający zgodnie z art. 86 k.p.k. wyłącznie na korzyść mandanta, w pierwszej kolejności będzie ubiegać się o orzeczenie terminowych i mniej dolegliwych środków. Podsumowując ten wątek wypowiedzi, wypada zaakceptować tezę postawioną we wnioskach fundacji, dotyczącą ustanowienia art. 244b k.k. penalizującego niepoddanie się obowiązkom związanym z orzeczoną wobec sprawcy środkiem zabezpieczającym²² jako zbyt daleko wkraczające w prawa jednostki.

7. Podsumowanie i wnioski

Bacząc na technikę legislacyjną wypada stwierdzić, że skondensowanie wspomnianych przepisów w jedną całość jawi się jako słuszne i niesprzeczne z zasadami przyzwoitej legislacji Zakrojone w sposób dość ogólny przepisy, w szczególności art. 93b k.k., mają zaopatrzyć sąd w narzędzia uelastyczniające i pozwalające na odpowiedni dobór środków orzekanych wobec danego

²² Zob. Wniosek HFPC, s. 5.

sprawcy, co jest poniekąd ustanowieniem prymatu dla niezawisłości i roztropności sędziowskiej. Nie trzeba przekonywać, że na przedstawicielach władzy sądowniczej, decydujących o przyszłości sprawcy, ciążyć będzie konieczność wszechstronnego uzasadnienia odnoszącego się do wyboru konkretnego ze środków wymienionych w katalogu z art. 93a k.k. Zwiększona kontradiktoryjność postępowania sądowego wymusi większą aktywność stron w zakresie argumentacji odnoszącej się do orzekania środków zabezpieczających. Przede wszystkim, rola obrońcy oskarżonego okaże się w tej mierze nieoceniona.

Z drugiej strony, wątpliwe merytorycznie wydaje się tworzenie swoistej części ogólnej rozdziału X k.k., co sprowadza się do „wrzucenia do jednego worka” wszystkich typów internowanych²³, wobec których można orzec detencję. Ewentualna możliwość przypisania sprawcy winy, rodzaj jego zaburzeń, czy przede wszystkim ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu badana *in concreto* stanowią cechy różniące rodzaj dolegliwości wymierzanej sprawcy na podstawie rozdziału X k.k. Tak ogólnie sformułowane przesłanki orzekania środków zabezpieczających w rzeczywistości umiejscawiają sędziów w roli ustawodawców, co z perspektywy art. 10 Konstytucji nie wydaje się najlepiej pomyślanym zabiegiem legislacyjnym. Według autorki, lepszym rozwiązaniem byłoby „oddzielenie” od siebie różnych środków i poddanie ich regulacji w osobnych jednostkach redakcyjnych.

Opisywane w opracowaniu problemy, głównie materialnoprawnej natury, skłaniają do wysnucia raczej krytycznej oceny ustanowionego uregulowania. Sformułowanie ogólnych przesłanek daje dość dużą swobodę sądowi orzekającemu. Wątpliwości może budzić stworzenie jednakowych i szerokich przesłanek pozwalających na zastosowanie środków zabezpieczających, wraz z zasadami, którymi winien kierować się sąd przy orzekaniu w tym zakresie, a które doznać mogą daleko idącego uszczerbku. Ważnym wątkiem tekstu okazały się kwestie konstytucyjne i procesowe. Równie ciekawym zagadnieniem poruszonym w opracowaniu było uzyskiwanie zgody na orzeczenie zabezpieczających środków terapeutycznych. Warto zaznaczyć, że pozytywny wydźwięk niesie zmiana pozwalająca na ponowne orzekanie o środkach zabezpieczających nie później niż z upływem trzech lat od uchylenia środka, a nie pięciu – jak ma to miejsce dotychczas. Problematyka stosowania środków zabezpieczających stanowi niezwykle interesujący, ale jednocześnie wymagający dział prawa karnego materialnego, potrzebujący stworzenia osobnego opracowania. W niniej-

²³ Na potrzeby niniejszego tekstu, pojęciem „internowany” zostają objęci wszyscy sprawcy, wobec których można orzec środki zabezpieczające.

szym artykule zostały poruszone subiektywnie wybrane problemy prawne, będące próbą diagnozy funkcjonowania przyszłego systemu. Na wydanie stanowczej opinii trzeba będzie poczekać – największym źródłem wiedzy dla przyszłych autorów okaże się praktyka wymiaru sprawiedliwości. Na tę chwilę pozostaje wyłącznie przysłuchiwać się coraz to nowszym wypowiedziom teoretycznym²⁴.

Protective measures regulated in Polish Criminal Code under the novelty passed on 20th February 2015

In this thesis the regulation of the protective measures, included in Polish Penal Code that will be in force from 1th July was presented. The author mainly focuses on presenting some controversial issues connected with those specific mechanisms, especially the rules governing the imposing of protective measures, the relationship between them and the penalties regulated in the Code and the catalogue of offenders who are possible to will have the measures applied. The author instead of giving her own opinions, refers to the draft of the novelty of Penal Code (passed on 20th February) and the motion of Helsinki Foundation of Human Rights directed to the Polish Ombudsman and General Prosecutor. The conclusion which ends the article is quite critical, some inaccuracies in the draft are seen. Some *de lege ferenda* demands are also shown.

²⁴ Zob. wypowiedź M. Królikowskiego z XII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego na stronie internetowej: <http://www.czpk.pl/index.php/wideo/bielanskie-kolokwium-karnistyczne/xii-bielanskie-kolokwium-karnistyczne-2015-r>, dostęp: 26.05.2015.

Monika Utracka*

W poszukiwaniu procesowej podstawy zastosowania konstrukcji pomijalnego zbiegu przestępstw

Niniejszy artykuł ukazuje potrzebę współzupelniania się regulacji prawa karnego materialnego i prawa karnego procesowego na przykładzie pomijalnego zbiegu przestępstw. Instytucja ta, wykształcona przez naukę prawa karnego materialnego, w dalszym ciągu jest konstrukcją pozaustawową, przez co istnieją pewne problemy w jej stosowaniu. Orzecznictwo nie wykształciło jednolitego stanowiska w tym zakresie, a odpowiedź na pytanie o podstawę normatywną rezygnacji z wymierzenia kary za przestępstwo, które sprawca *de facto* popełnił, zdaje się być problemem fundamentalnym dla demokratycznego państwa prawnego. Autorka ukazuje mocne i słabe strony istniejących rozwiązań, koncentrując się na wykładni literalnej, celowościowej oraz derywacyjnej szczególnej, próbując znaleźć najwłaściwsze spośród nich.

1. Wprowadzenie

Treść tematu bez wątpienia wskazuje, iż przedstawione zagadnienie należy poddać analizie systemowej, tj. uwzględniającej przepisy prawa karnego materialnego i prawa karnego procesowego. Problem relacji między tymi dziedzinami był niejednokrotnie rozważany, jednak wciąż brak jednoznacznego stanowiska w tym zakresie.

W związku z powyższym należałoby rozpocząć od przywołania powstałych w literaturze koncepcji dotyczących sposobu kształtowania się relacji pomię-

* Studentka III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

dzy nimi. Relacje w ramach powyższych kierunków badane są na kilku płaszczyznach: funkcjonalnej – mającej związek z wypełnianymi przez te dziedziny celami; formalnoprawnej – jako płaszczyznę porównania przedstawia się tutaj relacje między przepisami k.k. i k.p.k.; instytucjonalnej – polegającej na analizie zbiorów norm służących do rozstrzygnięcia określonego zagadnienia.

Kierunek separatystyczny traktuje prawo karne materialne i prawo karne procesowe jako dwie odrębne gałęzie prawa karnego o odmiennych funkcjach i celach. Wyrazem tego ma być m.in. istnienie dwóch odrębnych kodeksów. Z oczywistych względów wydaje się on dalece wątpliwy, gdyż w toku stosowania prawa niemożliwe wydaje się uniknięcie sytuacji kolizji.

W ujęciu klasycznym prawo karne procesowe ma służebną, instrumentalną rolę względem prawa karnego materialnego. Ma ono za zadanie urzeczywistnienie norm prawa karnego materialnego, a co za tym idzie, w sytuacji kontrowersji decydujący głos ma prawo karne materialne.

Ostatnią i wydaje się najaktualniejszą koncepcją jest przyjęcie dwukierunkowości oddziaływań: z jednej strony prawo karne materialne determinuje sposób interpretacji prawa karnego procesowego, a z drugiej prawo karne procesowe determinuje sposób interpretacji prawa karnego materialnego. Wzajemność ta dotyczy nie tylko wykładni przepisów, ale również m.in. sposobu rozumienia pojęć i instytucji występujących na gruncie obu dziedzin. Na kanwie tego poglądu akcentuje się cel, którym jest stworzenie komplementarnego systemu prawa karnego opartego na równoprawnym oddziaływaniu na siebie prawa karnego materialnego i prawa karnego procesowego.

System prawa karnego jest pojęciem niejednoznacznym. Najbliższa koncepcji współzupelniania będzie definicja traktująca ten system jako uporządkowany, niesprzeczny, zupełny, spójny i hierarchiczny zbiór norm obowiązujących na danym terenie w danym czasie¹. Definicja ta, jak wiele innych, odwołuje się bezpośrednio do norm. Nauka prawa karnego materialnego wykształciła obszerną teorię dotyczącą analizy normatywnej, natomiast w literaturze karnoprocessowej często pojęcie normy prawnej jest zrównywane z pojęciem przepisu prawnego. Problem ten, choć zdaje się być problemem teoretycznym, ma znaczenie praktyczne szczególnie w kontekście tzw. wykładni derywacyjnej szczególnej. Wykładnia ta, bazując na wyinterpretowanych z przepisów normach, wymaga stworzenia modelu dekodowania norm w ramach systemu prawa karnego, a nie tylko w ramach poszczególnych jego gałęzi.

¹ P. Kardas, *O systemie prawa karnego procesowego*, w: P. Hofmański (red.), *System prawa karnego procesowego*, Warszawa 2012, s. 57.

Opierając się na nauce prawa karnego materialnego, która wyodrębni normę sankcjonowaną, normę sankcjonującą oraz normę kompetencyjną, oraz uwzględniając potrzebę wykładni systemowej, należy uzupełnić te struktury o właściwe normy pochodzące z nauki prawa karnego procesowego.

Norma sankcjonowana jako tzw. norma merytoryczna, statuująca zakaz lub nakaz określonego zachowania, swoją podstawę znajduje głównie w przepisach części szczególnej k.k. Jej znaczenie w procesie jest ograniczone, gdyż ma ona charakter rezultatywny i pozbawiona jest aspektów formalnych².

Norma sankcjonująca, nazywana nierzadko właściwą normą prawa karnego, dekodowana głównie z przepisów k.k.w. przedstawionej przez doktrynę formie wydaje się niepełna. Zakres zastosowania tej normy obejmuje typ czynu zabronionego oraz spełnienie pozostałych zasad odpowiedzialności karnej. Zakres normowania tej normy określa obowiązek organów państwowych do ścigania sprawcy. Zakorzenienia i podstawy do realizacji tego obowiązku próżno jednak szukać w przepisach k.k. Zgodnie z art. 7 Konstytucji RP, który statuuje, iż organy państwowe działają na podstawie i w granicach prawa, nieuzupełnienie zakresu normowania o art. 10 k.p.k. (wysławiającego zasadę legalizmu) doprowadziłoby do sytuacji, iż norma ta mogłaby zostać uznana za *lex imperfecta*. Pozbawiona byłaby zatem podstawy realizacji, godząc tym samym w założenie racjonalności ustawodawcy statuujące, iż cele wyznaczone przez normy muszą być możliwe do osiągnięcia. W związku z powyższym zasadna wydaje się teza, iż dla dekodowania norm przepisy k.k. okazują się być niewystarczające.

Trzecim rodzajem jest tzw. norma kompetencyjna, często uznawana za element normy sankcjonującej. Za wyodrębnieniem jej, jako osobnej jednostki, przemawia argument, iż w przypadku normy sankcjonującej jej adresatem są organy ścigania, a normy kompetencyjnej – osoba skazana. Taka różnica nie pozwala na ujęcie tych dwóch elementów w ramach jednej struktury. Co więcej, wyodrębnienie tej normy pozwala na zaakcentowanie przyjęcia wykładni systemowej i podkreślenia znaczenia norm k.p.k. oraz k.k.w.

Powyższe rozważania były niezbędne dla stwierdzenia, że zmiana podejścia do sposobu interpretacji wykładni w obrębie systemu prawa karnego modyfikuje sposób postrzegania instytucji wyrażonych na gruncie tych dziedzin.

Jedną z tych instytucji jest bez wątpienia pomijalny zbieg przestępstw. Jego analiza wymaga interpretacji norm funkcjonujących na gruncie prawa karnego materialnego i procesowego. Koncepcja ta stworzona została na gruncie prawa

² *Ibidem*, s. 75.

materialnego, wskazując na jej pochodzenie z prawa zwyczajowego³. Ustawodawca nie zdecydował się jednak na uregulowanie jej w żadnym przepisie.

Pomijalny zbieg przestępstw i ukształtowane w orzecznictwie sposoby jego stosowania

Ze zbiegiem przestępstw mamy do czynienia w sytuacji, gdy zachowanie sprawcy możemy zakwalifikować jako kilka odrębnych czynów, a co za tym idzie, z reguły kilka odrębnych przestępstw. Ukaranie za jedno z nich czyni z kryminalno-politycznego punktu widzenia, zbędnym ukaranie za drugi. Zawartość kryminalno-polityczna jednego przestępstwa (tzw. przestępstwa głównego) wyczerpuje sens ukarania za drugie (tzw. przestępstwo uboczne). Sytuacja taka będzie miała miejsce w dwóch przypadkach: przy tzw. współukaranym przestępstwie uprzednim oraz współukaranym przestępstwie następczym.

Współukarane przestępstwo uprzednie przyjmuje się zasadniczo przy postaciach stadialnych, przy przestępstwach narażenia na niebezpieczeństwo i naruszenia dobra prawnego oraz sytuacjach, gdy popełnienie jednego jest środkiem do popełnienia drugiego. Z kolei, za współukarane przestępstwo następcze uznana będzie sytuacja, gdy przestępstwo uboczne będzie się sprowadzać do wykorzystania owoców przestępstwa lub zatarcia śladów. Klasyfikacji tej należy jednak zawsze dokonywać *in concreto*, biorąc pod uwagę przede wszystkim integralne powiązanie obu czynów (więź między nimi musi być ścisła, określony stopień społecznej szkodliwości każdego z nich oraz tożsamość przedmiotu i pokrzywdzonego).

Jak wynika z powyższych rozważań, konstrukcja ta ma zastosowanie, gdy skazany popełnił (tj. zrealizował znamiona typu czynu zabronionego oraz spełnił pozostałe przesłanki odpowiedzialności karnej) co najmniej dwa przestępstwa. Pojawia się zatem problem praktyczny – na jakiej podstawie sprawca ma nie być ukarany za przestępstwo, które *de facto* popełnił? Wątpliwość ta wynika ze wskazanego wyżej braku istnienia transparentnej podstawy normatywnej, umożliwiającej takie rozwiązywanie. Doktryna i orzecznictwo ukształtowała kilka sposobów rozwiązywania tego problemu – wskazuje je Wykres 1.

2.1. Wydanie wyroku uniewinniającego

³ W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s.181 i n.

Pierwszym sposobem jest wydanie wyroku uniewinniającego. Sposób ten został przyjęty m.in. w wyroku SA w Białymstoku z 11 VI 2002 r. o sygnaturze II AKa 109/02, jednakże rozwiązanie to wydaje się najmniej trafne. Jak słusznie wskazuje A. Marek⁴, skutkiem uniewinnienia byłoby naruszenie art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., ponieważ wina sprawcy odnośnie do przestępstwa głównego, jak i przestępstwa ubocznego, została stwierdzona. Uniewinnienie za przestępstwo uboczne, po uprzednim wykazaniu jego popełnienia, doprowadziłoby do wewnętrznej sprzeczności wyroku oraz byłoby niezgodne z podstawowymi zasadami logicznego rozumowania. Co więcej, ustawodawca wskazuje w art. 414 § 1 k.p.k. okoliczności, których stwierdzenie po otwarciu przewodu sądowego powoduje wydanie wyroku uniewinniającego. Okoliczności te ograniczone są jedynie do sytuacji określonych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. Punkt pierwszy wskazuje na niepopełnienie czynu lub brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia, a przecież istotą pomijalnego zbiegu przestępstw jest popełnienie, co najmniej dwóch czynów zabronionych. W związku z tym zastosowanie tego punktu byłoby ewidentnym naruszeniem przepisów k.p.k. Analogiczna argumentacja będzie dotyczyć punktu drugiego tego paragrafu, który wskazuje, iż czyn nie zawiera znamion przestępstwa lub ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. Reasumując, potraktowanie czynów współukaranych jako okoliczności z art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. pozbawione jest normatywnych podstaw.

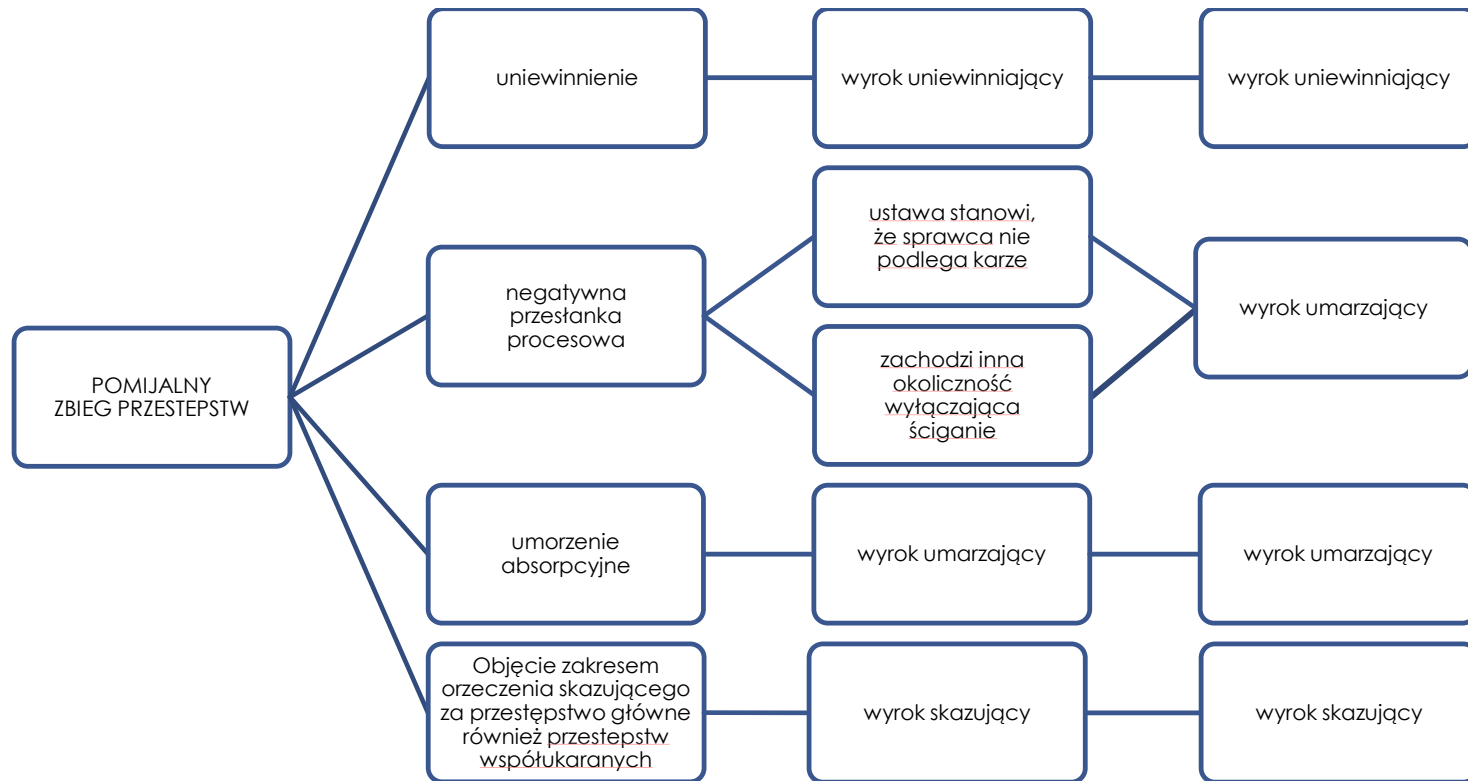
2.2. Wydanie wyroku umarzającego

2.2.1. Pomijalny zbieg przestępstw jako negatywna przesłanka procesowa

W zakresie potraktowania pomijalnego zbiegu przestępstw jako negatywnej przesłanki procesowej podawane są dwie podstawy takiego rozstrzygnięcia: art. 17 § 1 pkt 4 oraz art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.

⁴ A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, Prok. i Pr. 2004, nr 10, s.17.

Wykres 1. Ukształtowane w orzecznictwie sposoby potraktowania pomijalnego zbiegu przestępstw



Źródło: Opracowanie własne

W wyroku SA w Lublinie z 16 I 2001 r., II AKa 248/00, pojawia się teza, iż sytuacja współukaranego czynu uprzedniego jest „zbieżna” z sytuacją wyłączenia karalności występującą w art. 17 § 1 pkt. 4 k.p.k. Przyjęcie takiej analogiczności wydaje się być jednak zbyt optymistyczne. Brak orzeczenia kary ze względu np. na odstąpienie od czynności przygotowawczych (art. 17 § 1 k.k.) jest motywowane całkowicie innymi kryteriami niż uznanie jednego z przestępstw za współukarane. Nie można postawić „znaku równości” pomiędzy nie orzeczeniem kary ze względu na stwierdzenie braku przestępności czynu, a niecelowością jej orzeczenia. Pomijając te uwagi o naturze sprawiedliwościowej, warto zwrócić uwagę również na literalną treść tego przepisu. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, że umorzenie takie może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy ustawa stanowi, iż sprawca nie podlega karze; jak wcześniej wspomniano, pomijalny zbieg przestępstw jest instytucją pozaustawową. W związku z powyższym należy odrzucić możliwość zastosowania w tym przypadku art. 17 § 1 pkt 4.

Podanie za podstawę rozstrzygnięcia „innej okoliczności wyłączającej ściganie” występującej w art. 17 § 1 pkt 11 również budzi wiele kontrowersji. Rozwiązanie takie z pewnością czyni zadość obowiązkowi rozpoznania sprawy i wydania orzeczenia co do wszystkich zarzutów⁵. Trafna również wydaje się teza, że poprzez wprowadzenie pkt. 11 ustawodawca stwierdza, iż okoliczności wymienione w art. 17 § 1 pkt. 1-10 nie mają charakteru wyczerpującego. W orzecznictwie SN stosowanie pkt. 11 dopuszczono w sytuacji m.in. tzw. konsumpcji skargi publicznej, braku zgody państwa wydającego (w trybie ekstradycji lub ENA) na pociągnięcie oskarżonego do odpowiedzialności karnej⁶, zatem są to sytuacje szczególnego rodzaju. Dopuszczenie takiego rozumowania *a contrario* byłoby możliwe, jednakże stwierdzenie, iż pkt 11 stanowi przesłankę *sui generis* wymusza niejako ostrożność w jej stosowaniu. „Wprowadzenie” konstrukcji pomijalnego zbiegu przez ten punkt utrudnia treść art. 439 § 1 pkt. 9 oraz art. 439 § 2 k.p.k. Konsekwencja w postaci możliwości uchylecia takiego orzeczenia tylko na korzyść oskarżonego doprowadziłaby do sytuacji, że do takiego uchylecia nie mogłoby dojść. Z oczywistych względów trudno jednak sobie wyobrazić uchYLENIE wyroku umarzającego współukarane przestępstwo na korzyść skazanego. Zarazem pewne wątpliwości nasuwa *ratio legis* negatywnych przesłanek procesowych. Czy za negatywną przesłankę procesową można uznać fakt, iż jedno przestępstwo charakteryzuje się mniejszym stopniem społecznej szkodliwości od drugiego, w sytuacji gdy ustawa wyraźnie

⁵ *Ibidem*, s.17.

⁶ T.H. Grzegorzczak, *Komentarz postępowania karnego*, Warszawa 2014, LEX.

tego nie stanowi? Skoro przesłanki definiujemy jako warunki dopuszczalności procesu karnego⁷, odpowiedź na to pytanie nie będzie pozytywna.

2.2.2. Możliwość zastosowania tzw. umorzenia absorpcyjnego

Za kolejną możliwość rozstrzygnięcia tego problemu uznawany jest art. 11 k.p.k. Przepis ten wydaje się bardzo podobny do pomijalnego zbiegu przestępstw, szczególnie poprzez słowo „niecelowość”, które zdaje się być „spoiwem” tych dwóch instytucji. Przy umorzeniu absorpcyjnym jej przyczyną ma być „wysokość i rodzaj kary orzeczonej za inne przestępstwo”; w przypadku pomijalnego zbiegu przestępstw wynika ona z faktu, iż zachodzi niecelowość karania, ponieważ bezprawie przestępstwa głównego zawiera w sobie bezprawie przestępstwa ubocznego. Z dogmatycznego punktu widzenia różnica ta jednak nie ma zasadniczego znaczenia, gdyż wymierzona kara jest odzwierciedleniem m.in. stopnia bezprawia czynu (art. 53 k.k.), tak więc umorzenie absorpcyjne również jest stosowane w sytuacji mniejszego bezprawia, tyle że jest to wyrażone przez ustawodawcę pośrednio.

Zastosowanie tzw. umorzenia absorpcyjnego jest ograniczone jedynie do występków zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 5. Pomijalny zbieg przestępstw żadnego ograniczenia nie statuuje. Różnica ta nie wykluczałaby „połączenia” tych instytucji – mogłaby stanowić swego rodzaju kryterium uszczegóławiające, podobnie jak przesłanka dotycząca braku niezgodności z interesem pokrzywdzonego. Niepokój budzi jednak odmienny zakres zastosowania tych instytucji. Umorzenie absorpcyjne dotyczy umorzenia innego postępowania, a pomijalny zbieg przestępstw zachodzi w ramach jednego postępowania.

W literaturze problem ten jest wskazywany jako pozorny⁸. Stwierdza się, iż umorzenie absorpcyjne może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do czynów wartościowanych w ramach jednego postępowania. Niewyjaśniona pozostaje jednak kwestia prawomocności kary orzeczonej za inne przestępstwo, będącej przesłanką art. 11 k.p.k. W sytuacji pomijalnego zbiegu przestępstw, ujawnionego w toku procesu, naturalne wydaje się dostrzeżenie, że prawomocność wyroku co do przestępstwa ubocznego nie będzie miała raczej miejsca.

⁷ *Ibidem*.

⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, w: P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 2011, s.129-130.

2.2.3. Skutki wyroku umarzającego

W oderwaniu od powyższych argumentów, wątpliwości pojawiają się również przy analizie skutków dopuszczenia takiego rozstrzygnięcia. Stosując zarówno art. 17§ 1 k.p.k., jak i art. 11 k.p.k., sąd wyda wyrok umarzający postępowanie odnośnie do przestępstwa ubocznego. Przy takim rodzaju rozstrzygnięcia należy wziąć pod uwagę tzw. reguły *ne peius*, wynikające z art. 454 § 1 k.p.k. W wypadku, gdy sąd odwoławczy stwierdziłby, że „status” przestępstwa ubocznego jednak nie został nadany zasadnie, nie mógłby skazać sprawcy za ten czyn, co doprowadziłoby do konieczności przekazania wyroku do ponownego rozpoznania. Ma to znaczenie dla postulatu ekonomiki procesu, która ma swoje zakorzenienie w zasadzie rzetelnego procesu karnego, wynikające z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W literaturze podnoszony jest również argument, iż możliwość stosowania umorzenia absorpcyjnego w przypadku pomijalnego zbiegu przestępstw podważałaby cele w zakresie umacniania poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego⁹. W społecznym poważaniu sytuacja taka mogłaby zostać uznana za brak reakcji na przestępstwo ze strony organów ścigania. Co więcej, pojawienie się przekonania wśród nagminnych przestępców, iż postępowanie co do czynów współukaranych jest umarzane, wiązałoby się z zagrożeniem zaburzenia mechanizmu prewencyjnego oddziaływania na tych sprawców. Za przykład podawana jest sytuacja popełnienia czynu z art. 280 § 1 k.k. Powstrzymanie się przed użyciem przemocy w celu utrzymania się w posiadaniu danej rzeczy byłoby osłabione z uwagi na świadomość, iż występki ten (art. 281 k.k.) uznany zostanie za współukarany czyn następczy i postępowanie w jego przedmiocie będzie umorzone. Argumentacja ta nie uwzględnia jednak istoty pomijalnego zbiegu przestępstw, która polega na tym, że wystarczające jest przypisanie tylko jednego, głównego przestępstwa, oraz wymierzenie za niego kary, która bez uwzględnienia okoliczności związanych z pominiętym przestępstwem spełni wszelkie funkcje związane z prawnokarną reakcją. Nacisk na konieczność spełnienia funkcji adekwatnej reakcji prawnokarnej niweluje przytoczone zagrożenie, ponieważ stanowi ona punkt wyjścia. Przesądza o możliwości zastosowania konstrukcji pomijalnego zbiegu przestępstw jeszcze zanim rozważane będzie zastosowanie przepisów k.p.k.

Z pewnością powyższe argumenty można uznać za niepokojące, jednak ich waga nie wydaje się wystarczająca, by jednoznacznie uznać niedopuszczalność

⁹ A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja...*, s.17.

takiego rozwiązania. Podkreślić należy, iż ze względu na konieczność spełnienia rygorystycznych przesłanek z art. 11 k.p.k. konstrukcja ta będzie mogła znaleźć zastosowanie tylko w wąskiej grupie przypadków i jej znaczenie praktyczne będzie niewielkie.

3. Objęcie zakresem orzeczenia skazującego za przestępstwo główne również przestępstw współukaranych

Ostatnim sposobem rozstrzygnięcia tego problemu jest objęcie zakresem orzeczenia skazującego za przestępstwo główne również przestępstw współukaranych zgodnie z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. Wydaje się to być stanowiskiem najwłaściwszym. Wyraża ono najpełniej charakter prawny czynu współukaranego w ramach prawnej jedności przestępstwa oraz oddaje całą zawartość kryminalną zachowań sprawcy. Dodatkowo umożliwia w prosty sposób uwzględnienie czynów współukaranych na etapie wymiaru kary. Najważniejszym argumentem wydaje się być fakt, iż zniwelowane zostaje zagrożenie wynikające z reguły *ne peius*. Potwierdził to SN w wyroku z 22 II 1983 r., sygn.KR 5/83, gdzie stwierdza, że nie ma przeszkód do skazania przez sąd odwoławczy za czyn, który nie był przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku I instancji kary, ale znajdował się w opisie.

4. Wnioski

Podsumowując, pomijalny zbieg przestępstw jako instytucja powstała w doktrynie prawa karnego materialnego, wymaga istnienia podstawy w przepisach k.p.k. *De lege lata* rozwiązania wskazane powyżej są jedynymi możliwymi. Należy jednak pamiętać, iż pomimo wszelkich starań nie mogą one zostać uznane za wystarczające i zupełne. Są to jedynie pewne próby rozstrzygnięcia limitujące zakres zastosowania prawa karnego materialnego, które dają odczuć potrzebę współuzupełniania się prawa karnego materialnego i prawa karnego procesowego w celu osiągnięcia wspólnego ideału, jakim jest najpełniejsza realizacja zasady sprawiedliwości.

Researching the normative base of confluence of crimes in the Criminal Procedure Code

The herein research emphasizes the need for cooperation between criminal law and criminal procedural law on the example of the confluence of crimes. This structure was created by the doctrine of material criminal law and there are some problems in its application, because of its non-statutory nature. The judiciary has not created a unified position in this regard. The answer to the question about the normative basis of resignation of punishment for a committed crime seems to be a fundamental problem for the democratic rule of law. The author shows the advantages and disadvantages of existing solutions by focusing on a literal and teleological interpretation of the Penal Code and the Code of Criminal Procedure, trying to find among them the most appropriate.

Michał Wantoła*

Norma sankcjonowana w prawie karnym i dyscyplinarnym. Próba analizy porównawczej

Autor, opierając się na pracach poświęconych problemom norm w prawie karnym, przedstawia propozycję charakterystyki normy sankcjonowanej, której naruszenie powoduje skutki opisane w prawie dyscyplinarnym oraz porównuje ją z normą sankcjonowaną właściwą dla prawa karnego. Proponowany w literaturze sposób dekodowania normy sankcjonowanej w prawie karnym, wykorzystujący przepis art. 115 § 1 k.k., należy poddać krytyce. Właściwe wydaje się stanowisko, że przewidywanie przez ustawodawcę sankcji przewyższającej dolegliwością szkodę wyrządzoną społeczeństwu przez naruszenie normy oznacza jednocześnie ustawowe zakazywanie zachowania opisanego w danym przepisie. Metodą tę można zastosować zarówno w prawie karnym, jak i dyscyplinarnym, a być może w całym prawie represyjnym. Norma sankcjonowana przez prawo dyscyplinarne jest uadekwatniana przez różnego rodzaju reguły obyczajowe i deontologiczne, nie tracąc jednak przez to swojego charakteru jako normy prawnej.

1. Zagadnienia wstępne

1.1. Znaczenie analizy normatywnej w prawie karnym

W 1990 roku, w tekście przełomowym z punktu widzenia znaczenia analizy normatywnej w nauce prawa karnego, A. Zoll wskazywał, że w ówczesnych pracach z zakresu karnistyki zagadnieniom normy prawnej poświęca się bardzo mało uwagi, często w ogóle zrównując pojęcie normy prawnej z pojęciem przepisu prawnego¹. Znaczenie pracy A. Zolla, wychodzącej naprzeciw

* Student V roku prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze

tym zarzutem, dostrzegli chociażby P. Kardas oraz J. Majewski. Pierwszy z nich podkreślił, że „wskazanie przez tego autora na dekodowane z przepisów prawa karnego struktury normatywne (...) stanowiło niezwykle interesującą inspirację dla szeregu autorów”, „wykorzystana w tym opracowaniu koncepcja norm sprzężonych otwarła zupełnie nowe pole badawcze”, a „spojrzenie na prawo karne, jako system norm sankcjonowanych i sankcjonujących, doprowadziło do przewartościowania szeregu konstrukcji prawnokarnych”². P. Kardas dodał również, że „kontrowersje dotyczące ogólnych zagadnień związanych z dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi przekładają się wprost na proponowane modele rozwiązywania poszczególnych zagadnień dogmatycznych”³. J. Majewski wskazał natomiast, iż rozróżnienie między przepisem prawnym a normą prawną należy do podstawowych założeń analiz prowadzonych współcześnie w obrębie tzw. krakowskiej szkoły prawa karnego”⁴.

Innowacyjność spojrzenia na prawo karne, jakie zaproponował A. Zoll⁵, polega na wykorzystaniu dorobku teorii prawa w wersji przyjętej przez tzw. szkołę poznańską⁶. Z. Ziemiński i M. Zieliński w swoich pracach przyjmowali rozróżnienie pomiędzy normą sankcjonowaną, która nakazuje określone zachowanie lub zakazuje jakiegoś zachowania z uwagi na cel jej ustanowienia, a normą sankcjonującą, która nakazuje wyznaczonym organom państwa podejmowanie określonych działań sankcjonujących względem adresatów norm

1990, nr 23, s. 69.

² P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2012, nr 4, s. 7.

³ *Ibidem*, jednak M. Królikowski krytykuje „nadmiernie abstrakcyjną metodykę normatywistyczną”, por. M. Królikowski, *Kontekstowa teoria (dogmatyki) prawa karnego*, Studia Iuridica 2006, nr XLVI, s. 196.

⁴ J. Majewski, *O schemacie budowy norm prawa karnego w piśmiennictwie karnistycznym*, w: *System Prawa Karnego. Tom 2. Źródła prawa karnego*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 458. Opracowania autorów z kręgu krakowskiej szkoły prawa karnego oparte na analizie normatywnej wylicza obszernie P. Kardas, *O relacjach...*, s. 6-7. Do tego wyliczenia można dodać najnowszą pracę J. Majewskiego, *Okoliczności wyłączające bezprawność a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013 oraz niepublikowaną rozprawę doktorską S. Tarapaty, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczno-dogmatyczna*, Kraków 2014.

⁵ Przepis prawny od normy prawnej rozróżniał już K. Buchała. Wskazywał on, że z przepisu prawa karnego da się zdekodować normę sankcjonowaną, wyrażającą powinność określonego zachowania się, oraz normę sankcjonującą, określającą konsekwencje związane z naruszeniem normy sankcjonowanej, por. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 106.

⁶ Należy jednak wskazać, że przedstawiciele doktryny prawa karnego z ośrodka poznańskiego nie przyjęli rozróżnienia norm w prawie karnym (dogmatycznego), proponowanego przez A. Zolla, zob. L. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007.

sankcjonowanych w sytuacji, gdy ów adresat zachował się w sposób niezgodny z normą wtedy, gdy znalazła ona zastosowanie⁷. Norma sankcjonowana i sankcjonująca są ze sobą sprzężone w tym sensie, że zakres normowania (dyspozycja) pierwszej jest ujęty w zakresie zastosowania (hipotezie) drugiej⁸. Nie jest to jednak proste przełożenie, bowiem stwierdzenie, że adresat normy sankcjonowanej postąpił niezgodnie z jej dyspozycją nie wystarcza do aktualizacji normy sankcjonującej – do tego potrzeba spełnienia szeregu innych warunków⁹. Nie każde naruszenie normy sankcjonowanej będzie powodowało aktualizację nakazu wymierzenia sankcji określonego w dyspozycji normy sankcjonującej – niektóre naruszenia normy sankcjonowanej pozostaną w ogóle bez reakcji prawnej, inne zaś mogą spowodować konsekwencje przewidziane w innych gałęziach prawa (np. cywilnym, administracyjnym)¹⁰.

Takie też podstawowe założenia przyjmę w niniejszym opracowaniu. Z uwagi jednak na jego ograniczone ramy, przeprowadzę wyłącznie analizę normy sankcjonowanej.

1.2. Prawo karne i dyscyplinarne jako gałęzie prawa represyjnego

Powyższe rozważania odnosiły się do gałęzi prawa, którą właściwie należałoby określić jako prawo karne sensu *stricto*. Zarówno bowiem doktryna, jak i Trybunał Konstytucyjny zdają się wyróżniać dwa rozumienia pojęcia „odpowiedzialności karnej”: szersze (konstytucyjne) oraz węższe (kodeksowe). Jest to pochodna tego, że Konstytucja RP w przepisie art. 42, statującym podstawowe gwarancje obywatela w postępowaniu karnym, posługuje się pojęciem „odpowiedzialności karnej” oraz „postępowania karnego”. Gwarancje te i związane z nimi prawa należałoby odnosić również do tych postępowań, których celem jest wydanie rozstrzygnięcia, którego istotą jest reakcja prawna idąca dalej niż pozbawienie niesłusznie uzyskanej korzyści lub wymuszenie

⁷ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 159.

⁸ „Miejscem spotkania normy sankcjonowanej i sankcjonującej na gruncie ustawy karnej jest opis czynu. W normie sankcjonowanej tworzy on dyspozycję, w normie sankcjonującej jest elementem hipotezy. Okazuje się, że ten sam przepis może być podstawą dekodowania elementów należących do dwóch odrębnych struktur normatywnych”, W. Wróbel, *Znamiona normy sankcjonowanej i sankcjonującej w przepisie prawa karnego*, niepublikowana rozprawa doktorska, Kraków 1992, s. 36.

⁹ M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 179-181.

¹⁰ A. Zoll, *O normie...*, s. 72.

naprawienia spowodowanego uszczerbku¹¹. Można je określić jako postępowania karne sensu *largo* (postępowania represyjne). Odpowiedzialność prawną, której przesądzenie jest istotą tych postępowań, można natomiast określić jako odpowiedzialność karną sensu *largo* (odpowiedzialność represyjną)¹².

Odpowiedzialność represyjna (odpowiedzialność karna sensu *largo*) obejmuje odpowiedzialność karną (sensu *stricto*) za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, odpowiedzialność za wykroczenie lub wykroczenie skarbowe, odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary, popełniony przez osobę związaną funkcjonalnie z tym podmiotem, odpowiedzialność administracyjno-karną, odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny budżetowej, odpowiedzialność za kłamstwo lustracyjne oraz odpowiedzialność porządkową jako rodzaj odpowiedzialności procesowej¹³. Odpowiedzialność karną¹⁴ mogą ponosić jedynie – przyjmując terminologię cywilistyczną – osoby fizyczne, odpowiedzialność represyjną inną niż karna mogą w określonych przypadkach ponosić również osoby prawne oraz jednostki organizacyjne inne niż osoby prawne¹⁵.

Analizowanie treści normy sankcjonowanej, której naruszenie powoduje skutki na gruncie każdej z wymienionych gałęzi prawa represyjnego, znacznie przekraczałoby ramy niniejszego opracowania. Podążając za wskazaniem wynikającym z jego tytułu, zawężę moje rozważania jedynie do próby zrekonstruowania normy sankcjonowanej na gruncie prawa dyscyplinarnego. Cechy tak zrekonstruowanej normy będę porównywał z cechami, jakie w doktrynie (w ujęciu przyjmowanym szczególnie w ramach ośrodka krakowskiego) przydaje

¹¹ Zob. K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego. Uwagi na gruncie Konstytucji RP*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999, nr 1, s. 54; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 25.

¹² O niejednoznaczności pojęć „prawo karne”, „odpowiedzialność karna” czy „postępowanie karne” zob. zwłaszcza A. Światłowski, *Jedna czy wiele procedur karnych. Z zagadnień wewnętrznego zróżnicowania form postępowania karnego rozpoznawczego*, Sopot 2008, s. 13-14, oraz J. Majewski, *O wybranych pojęciach odpowiedzialności karnej*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012. Zob. też wyroki TK z 26 XI 2003 r., SK 22/02, OTK-A 2003, nr 9, poz. 97; z 3 XI 2004 r., K 18/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 103; z 28 XI 2007 r., K 39/07, OTK-A 2007, nr 10, poz. 129; z 18 XI 2010 r., P 29/09, OTK-A 2004, nr 4, poz. 36.

¹³ Por. K. Wojtyczek, *Zasada wyłączności...*, s. 56; J. Majewski, *O wybranych...*, s. 328-329; R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013, s. 168-169.

¹⁴ W toku dalszych rozważań przez pojęcie „odpowiedzialność karna” będę – dla uproszczenia – rozumiał odpowiedzialność karną sensu *stricto*, tzn. odpowiedzialność prawną za popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (zob. art. 1 § 1 k.k. i art. 1 § 1 k.k.s.).

¹⁵ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 176-177; J. Majewski, *O wybranych...*, s. 332.

się normie sankcjonowanej właściwej dla prawa karnego. Da to asumpt do weryfikacji hipotezy o możliwości przeniesienia *stricte* karnistycznych rozważań dotyczących normy sankcjonowanej i sankcjonującej na poziom ogólniejszy, właściwy dla całego prawa represyjnego. Istotnym elementem tych rozważań będzie problem rozumienia pojęcia bezprawności. O zasadności prowadzonych analiz może świadczyć potencjalna niejasność kryteriów oceny zachowania poddanego wartościowaniu jako rzekome przewinienie dyscyplinarne, co może powodować nadmierne zwiększenie dyskrecjonalnej władzy organów orzekających o odpowiedzialności dyscyplinarnej¹⁶.

2. Próba rekonstrukcji normy sankcjonowanej na gruncie prawa dyscyplinarnego

2.1. Wykorzystanie analizy normatywnej w polskich opracowaniach poświęconych prawu dyscyplinarnemu

Zarysowane wyżej szerokie perspektywy i możliwości, jakie nauce prawa karnego dało na przestrzeni ostatnich dwudziestu pięciu lat wykorzystanie analizy normatywnej obok tradycyjnej metody dogmatycznej, skłania do podjęcia próby wykorzystania jej jako instrumentarium w pozostałych gałęziach prawa represyjnego, w szczególności w prawie dyscyplinarnym. Do tej pory, jeżeli problem norm na gruncie prawa dyscyplinarnego był w ogóle zauważany, to raczej jako argument porównawczy, wprowadzony do rozważań na marginesie analiz poświęconych normom w prawie karnym¹⁷.

Wyjątek na tym tle stanowią rozważania E. Plebanek, która nawiązując do prac A. Zolla, poświęconych normom w prawie karnym oraz omawiających pięcioelementową strukturę przestępstwa, przedstawia również pięcioelementową strukturę przewinienia dyscyplinarnego¹⁸. Jest to swoiste *novum* na gruncie dotychczasowych opracowań poświęconych prawu dyscyplinarnemu, w których jeżeli w ogóle podejmowano się próby przedstawienia struktury przewinienia dyscyplinarnego, to wybierano raczej jej model czteroelemen-

¹⁶ Por. E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura przestępstwa a materialna treść i model struktury przewinień dyscyplinarnych*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne*, Warszawa 2012, s. 447.

¹⁷ Zob. W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1993, nr 3, s. 98-99, 102.

¹⁸ E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura...*, *passim*.

towy. Na przykład R. Giętkowski przedstawił strukturę przewinienia dyscyplinarnego jako czynu, dyscyplinarnie bezprawnego, społecznie szkodliwego i zawinionego¹⁹. Stanowi to wyraźne nawiązanie do czteroelementowej struktury przestępstwa przedstawionej przez M. Cieślaka²⁰, której można jednak zarzucić brak rozróżnienia między bezprawnością i karalnością, wywołany z jednej strony niewykorzystaniem koncepcji norm sprzężonych, a z drugiej wyróżnieniem bezprawności kryminalnej jako kategorii odrębnej od bezprawności na gruncie innych gałęzi prawa – czemu sprzeciwiają się A. Zoll²¹ oraz przyjmująca tę tezę E. Plebanek²². Autorzy przyjmujący czteroelementową koncepcję struktury przestępstwa prowadzą swoje rozważania – w odróżnieniu od E. Plebanek – w oderwaniu od wypracowanej na gruncie poznańskiej szkoły teorii prawa koncepcji norm sprzężonych: sankcjonowanej i sankcjonującej. Wydaje się jednak, że istnieje potrzeba głębszej analizy kwestii tyleż kontrowersyjnej, co istotnej, a mianowicie charakteru normy sankcjonowanej w prawie dyscyplinarnym oraz sposobu jej rekonstruowania.

2.2. Dekodowanie normy sankcjonowanej z zapisu prawnego przewidującego sankcję

Dekodowanie norm sankcjonujących z przepisów prawa represyjnego jest zabiegiem raczej intuicyjnym. Oczywiście należy podczas tego zabiegu uwzględnić reguły sensu i inne wyrażenia dyrektywne wpływające na ostateczny kształt normy sankcjonującej²³, można jednak bez problemu wskazać przepis prawny, będący podstawą do rekonstrukcji normy sankcjonującej. Będzie to przepis części szczególnej k.k., k.w., k.k.s., a w przypadku ustaw z za-

¹⁹ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 184, autor ten przywołuje również prace innych przedstawicieli doktryny, którzy zaprezentowali analogiczną strukturę przewinienia dyscyplinarnego.

²⁰ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 138-139.

²¹ A. Zoll, *O normie...*, s. 73, *Idem*, *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, w: T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 101.

²² E. Plebanek, *Wieloarstwowa struktura...*, s. 450.

²³ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna...*, s. 222 i n.

kresu prawa dyscyplinarnego przepis mówiący, że członek danej grupy zawodowej „odpowiada dyscyplinarnie”²⁴, „podlega odpowiedzialności zawodowej”²⁵ czy „podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej”²⁶.

Inaczej rzecz się będzie miała z dekodowaniem norm postępowania, których naruszenie wywołuje skutki w obszarze prawa represyjnego (norm sankcjonowanych). Rozpatrując kwestie związane z kształtem i rolą normy sankcjonowanej w prawie karnym, A. Zoll pisał, że możliwość jej dekodowania z przepisu prawa karnego jest dla prawa karnego „czymś ubocznym, właściwością, która nie jest charakterystyczna dla tej gałęzi prawa”²⁷. Ową specyficzną właściwość normy sankcjonowanej łączył z zasadą *ultima ratio* prawa karnego, z pełnieniem przez tę gałąź prawa przede wszystkim funkcji zabezpieczającej porządek prawny, a jedynie wyjątkowo funkcji organizującej życie społeczne²⁸. Aprobując zasadę *ultima ratio* prawa karnego należy jednak przyjąć, iż norma sankcjonowana jest właściwą normą prawnokarną, a przepisy prawne należące do innych gałęzi prawa mogą jedynie uadekwatniać normę sankcjonowaną wstępnie zdekodowaną z przepisów prawa karnego²⁹. Zastanówmy się teraz, czy tezy te można przenieść na grunt prawa dyscyplinarnego.

Jeśli prawo karne mamy rozumieć jako „zbiór przepisów, który obejmuje katalog czynów karalnych i przewidywanych przez ustawodawcę kar, grożących za popełnienie takich czynów, a także zasady odpowiedzialności karnej”³⁰, to za prawo dyscyplinarne winniśmy uznać zbiór przepisów, który obejmuje katalog czynów podlegających sankcjom dyscyplinarnym i przewidywanych przez ustawodawcę sankcji dyscyplinarnych, grożących za popełnienie takich czynów, a także zasady odpowiedzialności dyscyplinarnej. Będzie więc przepisem prawa dyscyplinarnego przepis art. 53 u.i.l., wskazujący, że członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej za przewinienia

²⁴ Zob. np. art. 107 § 1 ustawy z dn. 27 VII 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 133, z późn. zm.); dalej: p.u.s.p.

²⁵ Zob. np. art. 53 ustawy z dn. 2 XII 2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. Nr 219, poz. 1708, z późn. zm.); dalej: u.i.l.

²⁶ Zob. np. art. 75 ust. 1 ustawy z dn. 26 I 1982 r. o Karcie Nauczyciela (tekst jedn. Dz.U. 2014, poz. 191, z późn. zm.); dalej: u.k.n.

²⁷ A. Zoll, *O normie...*, s. 73.

²⁸ *Ibidem*, s. 72.

²⁹ Wiąże się to z zaakceptowaniem regulatywnej koncepcji funkcji prawa karnego. Zob. M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna...*, *passim*; M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, niepublikowana rozprawa doktorska, Kraków 2009, s. 38-39.

³⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 108, zob. też K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 5.

zawodowe, nie będzie jednak do zbioru przepisów prawa dyscyplinarnego należał przepis art. 8 pkt 1 u.i.l. mówiący, iż członkowie izb lekarskich są obowiązani przestrzegać zasad etyki lekarskiej.

Podobnie jak to ma miejsce w prawie karnym, nakazy i zakazy adresowane do podmiotów mogących podlegać odpowiedzialności dyscyplinarnej, których naruszenie skutkuje pociągnięciem do takiej odpowiedzialności, można najczęściej wyprowadzić z przepisów nie zaliczanych w myśl powyższej definicji do prawa dyscyplinarnego. Jeden przykład został już podany wyżej: art. 8 pkt 1 u.i.l. statuuje adresowany do lekarza obowiązek przestrzegania zasad etyki lekarskiej. Jest to obowiązek o tyle specyficzny, że wymaga dookreślenia poprzez normy nie prawne, a etyczne, które jednak normę prawną zdekodowaną z art. 8 pkt 1 u.i.l. doprecyzowują (szerzej w pkt. 2.3.). Normy te zgrupowane są w Kodeksie Etyki Lekarskiej³¹. Naruszenie tego obowiązku – wprost wyrażonego w art. 8 pkt 1 u.i.l. – jest, zgodnie z art. 53 u.i.l., podstawą odpowiedzialności zawodowej lekarza³². Podstawą do pociągnięcia lekarza do odpowiedzialności zawodowej może być też naruszenie przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza (art. 53 u.i.l.). Jednym z tych przepisów może być art. 30 ustawy z dn. 5 XII 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry³³, przewidujący obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej.

Art. 107 § 1 p.u.s.p. przewiduje, że sędzia odpowiada dyscyplinarnie między innymi za uchybienia godności urzędu. Zakaz uchybienia godności urzędu sędziego można jednak wyprowadzić wprost z przepisu art. 82 § 2 p.u.s.p., wskazującego, że sędzia powinien w służbie i poza nią strzec powagi stanowiska sędziego i unikać wszystkiego, co mogłoby przynieść ujmę godności sędziego lub osłabiać zaufanie do jego bezstronności. Za źródło tego zakazu można też uznać art. 82 § 1 w zw. z art. 66 p.u.s.p.

Zwróćmy uwagę również na przepisy art. 189 ust. 1 i art. 197 ust. 1 ustawy z dn. 27 VII 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym³⁴, stanowiące, iż studenci

³¹ Uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dn. 14 XII 1991 r. w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej; dalej: KEL.

³² W niniejszym opracowaniu pojęcia „odpowiedzialność zawodowa” i „odpowiedzialność dyscyplinarna” będę traktował jako synonimy, podobnie jak określenia „postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej” i „postępowanie dyscyplinarne”. Na temat relacji odpowiedzialności zawodowej do dyscyplinarnej zob. np. E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 23 i n.; P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 79-83.

³³ Tekst jedn. Dz.U. 2015, poz. 464. Dalej: u.z.l.

³⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2012, poz. 572, z późn. zm. Dalej: p.s.w.

i doktoranci są obowiązani postępować zgodnie z treścią ślubowania i regulaminem studiów (doktoranckich). Przepisy te, z uwagi na odniesienie do przyjmowanych przez poszczególne uczelnie tekstów ślubowań³⁵, będą najczęściej formułowały pośrednio obowiązek dbania o godność studenta (doktoranta). Uchybienie tej godności jest zaś podstawą do pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej w myśl art. 211 ust. 1 lub art. 226 ust. 1 p.s.w.

Nie zawsze jednak nakazy i zakazy, których naruszenie skutkuje pociągnięciem do odpowiedzialności dyscyplinarnej, będzie można wyprowadzić z przepisów nie zaliczanych do prawa dyscyplinarnego. Art. 6 u.k.n. wymienia podstawowe obowiązki nauczyciela. Choć przynajmniej niektóre ich naruszenia byłyby jednocześnie niewątpliwie uchybieniem godności zawodu nauczyciela, to nie da się spośród nich, ani spośród innych przepisów prawnych, zdekodować ogólnego obowiązku poszanowania godności zawodu przez nauczyciela. Obowiązku takiego nie formułuje nawet ślubowanie składane przez nauczyciela przy nadawaniu mu stopnia nauczyciela mianowanego (zob. art. 15 u.k.n.). Nie można zatem wskazać żadnego przepisu prawnego nienależącego do gałęzi prawa dyscyplinarnego, który by formułował (bezpośrednio, jak na gruncie p.u.s.p., czy pośrednio, jak na gruncie p.s.w.) zakaz uchybiania tej godności. Oczywiście nakaz taki można wyprowadzić, jednak nie z przepisów prawnych (pomijam na razie przepisy prawa dyscyplinarnego), a z norm obyczajowych, pozaprawnych. Art. 75 ust. 1 u.k.n. wśród podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli wymienia zaś – obok uchybienia obowiązkowi, o których mowa w art. 6 u.k.n. – uchybienie godności nauczyciela.

Ten ostatni przykład można porównać – rzecz jasna tylko w kontekście rozważań teoretycznoprawnych – z konstrukcją przestępstwa kaziroddstwa (art. 201 k.k.). W doktrynie wielokrotnie podkreślano, iż normę sankcjonowaną zakazującą obcowania płciowego w stosunku do osób wymienionych w art. 201 k.k. można wyprowadzić tylko i wyłącznie z tego przepisu – nie można jej zrekonstruować w szczególności na podstawie przepisów prawa rodzinnego i opiekuńczego³⁶. Z art. 201 k.k. wynika nie tylko kierowany do organów państwa nakaz ukarania osoby współżyjącej z jedną z osób wymienionych w tym przepisie, ale i adresowany do każdego zakaz współżycia z osobami z tej grupy.

³⁵ Zob. np. załącznik nr 2 do Statutu Uniwersytetu Jagiellońskiego, uchwalonego przez Senat Uniwersytetu Jagiellońskiego 7 VI 2006 r. (Treść ślubowania studentów), § 15 Regulaminu Studiów Doktoranckich na Uniwersytecie Warszawskim (załącznik do uchwały nr 494 Senatu UW z dn. 18 IV 2012 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu Studiów Doktoranckich na Uniwersytecie Warszawskim).

³⁶ Jak wskazuje W. Wróbel, „wynika stąd, że istnieją sytuacje, gdy brak jest poza prawem karnym norm przewidujących powinność, której niedopełnienie jest przesłanką sankcji

Wyjaśnić należy jeszcze kwestię, w jaki właściwie sposób ów zakaz jest dekodowany. W literaturze karnistycznej, w ramach rozważań nad sposobem dekodowania normy sankcjonowanej z przepisu prawa karnego, często przyjmowano, że jeżeli przepis przewiduje sankcjonowanie jakiegoś zachowania, to wynika z niego również zakaz podejmowania takiego zachowania³⁷. Zakresy zachowań sankcjonowanych i zachowań zakazanych jednak nie są tożsame – ten pierwszy zawiera się w drugim. Niektóre normy postępowania mogą być bowiem pozbawione sankcji w ogóle albo być sankcjonowane przez przepisy nienależące do prawa represyjnego.

Wskazana reguła inferencyjna zakładająca, iż sankcjonowanie zachowania oznacza, że jest ono zabronione, została jednak poddana krytyce przez część przedstawicieli doktryny prawa karnego³⁸. Wskazuje się mianowicie, że „w literaturze dotyczącej sposobu dekodowania tekstu prawnego i ustalania obowiązujących w systemie prawnym norm nie spotyka się wśród wymienianych tam uprawnionych reguł inferencji tak brzmiącej zasady”³⁹. Innym sposobem na rekonstrukcję z przepisu prawa karnego normy sankcjonowanej jest przystąpienie do jego wykładni z uprzednim „domyślnym” założeniem, że z przepisu tego należy wyinterpretować nie tylko normę sankcjonującą, ale i normę sankcjonowaną – i to pomimo braku w treści tego przepisu operatora deontycznego, który by umożliwiał taką rekonstrukcję⁴⁰.

Choć wydawałoby się, że przyjęcie którejs z wyżej wymienionych metod w zupełności wystarczałoby jako instrumentarium dekodowania normy sankcjonowanej z przepisu prawa karnego, w doktrynie prawa karnego poszukuje się jeszcze innych sposobów. Coraz więcej autorów skłania się ku uznaniu przepisu art. 115 § 1 k.k. (art. 47 § 1 k.w., art. 53 § 1 k.k.s.) jako podstawy do

karnej”, W. Wróbel, *Struktura normatywna...*, s. 100, zob. też M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 35; G. Łabuda, *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność narażenia na niebezpieczeństwo*, w: L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego. T. XV*, Wrocław 2004, s. 85-86.

³⁷ Zob. literaturę przedmiotu przywoływaną przez W. Wróbla, *Struktura normatywna...*, s. 98, zob. też K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 71-72; Ł. Pohl, *Struktura normy...*, s. 59; J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010, s. 71.

³⁸ Zob. W. Wróbel, *Struktura normatywna...*, s. 98-99, M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 36.

³⁹ W. Wróbel, *Struktura normatywna...*, s. 98, zob. też literaturę przywołaną przez W. Wróbla (przypis 24).

⁴⁰ M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, Poznań 1972, s. 72; W. Wolter, K. Buchała, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.*, Kraków 1970, s. 20.

dekodowania normy sankcjonowanej ze względu na możliwość bezpośredniego wyprowadzenia z tego przepisu operatora deontycznego nakazu/zakazu⁴¹. M. Dąbrowska-Kardas precyzuje, że „zestawienie brzmienia dwu definicji legalnych, z art. 1 i 115 § 1 k.k., przesądza z samego brzmienia tych przepisów, iż źródłem bezprawności, a tym samym źródłem prawnokarnej normy sankcjonowanej musi być ustawa karna”⁴². Autorka ta widzi w art. 1 § 1 k.k. dwie przesłanki odpowiedzialności karnej: popełnienie czynu bezprawnego, który utożsamia z czynem zabronionym oraz popełnienie czynu karalnego – na tę przesłankę miałyby wskazywać słowa: „pod groźbą kary”. Utożsamienie czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 i art. 115 § 1 k.k. z czynem bezprawnym może się jednak wydawać wątpliwe z dwóch powodów.

Po pierwsze, naruszenie czyjegoś dobra prawnego w warunkach kontratypowych jest – przy odrzuceniu teorii negatywnych znamion – czynem zabronionym, nie jest jednak czynem bezprawnym⁴³. Można oczywiście wskazać, że przy wyróżnieniu pierwotnej i wtórnej legalności ta uwaga nie niweczy tezy o uznaniu art. 115 § 1 k.k. za podstawę do dekodowania normy sankcjonowanej, ponieważ kontratypy decydują o wtórnej legalności czynu zakazanego – naruszającego normę sankcjonowaną⁴⁴. Nie przesądzając w tym miejscu zasadności wyróżniania pierwotnej i wtórnej legalności, bo nie jest to konieczne do zakwestionowania tezy, jakoby dopiero art. 115 § 1 k.k. umożliwiał rekonstrukcję norm sankcjonowanych z przepisów prawa karnego, przejdę do drugiego powodu niemożności utożsamiania czynu zabronionego z bezprawnym.

Jak pokazują rozważania Ł. Pohla⁴⁵, sposób rekonstrukcji normy sankcjonowanej zaproponowany m.in. przez W. Wróbla⁴⁶ skutkowałby tym, że dekodowana z przepisu prawa karnego przy użyciu operatora deontycznego wywołanego przez art. 115 § 1 k.k. norma sankcjonowana musiałaby uwzględniać w swojej treści nastawienie psychiczne sprawcy. Znamiona, o których mówi

⁴¹ Zob. W. Wróbel, *Struktura normatywna...*, s. 101-102, M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 36.

⁴² M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywna...*, s. 173.

⁴³ Zob. np. J. Giezek, w: M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne...*, s. 85.

⁴⁴ W tym miejscu zasygnalizuję poważne wątpliwości co do zasadności wyróżniania pierwotnej i wtórnej legalności, zwłaszcza wtedy, gdy okoliczność kontratypowa jest związana nie tyle z uprawnieniem do naruszenia czy narażenia czyjegoś dobra, co z obowiązkiem takiego naruszenia lub narażenia, szerzej zob. J. Majewski, *Okoliczności...*

⁴⁵ Ł. Pohl, *Struktura normy...*, s. 60-61.

⁴⁶ Trzeba podkreślić, że W. Wróbel nie stawia tej tezy stanowczo, podkreślając, iż nie neguje znaczenia innych zabiegów interpretacyjnych umożliwiających zdekodowanie z przepisu prawa karnego normy sankcjonowanej, W. Wróbel, *Struktura normatywna...*, s. 101.

art. 115 § 1 k.k., obejmują bowiem zarówno znamiona przedmiotowe, jak i podmiotowe⁴⁷. Takiego zaś założenia autorzy przyjmujący przepis art. 115 § 1 k.k. jako umożliwiający rekonstrukcję normy sankcjonowanej nie przyjmują⁴⁸. Pozostawiając jednak na boku argumentację *ad hominem*, można wskazać, że norma sankcjonowana w prawie karnym jest tworzona w celu ochrony określonego dobra i dlatego „jest (...) adresowana do każdego, bez względu na to, czy w danym momencie ma świadomość znaczenia swojego zachowania, oraz bez względu na to, czy działa umyślnie, czy nieumyślnie”⁴⁹. Treść normy sankcjonowanej zakazującej zachowań stwarzających nieakceptowalne społecznie zagrożenie dla dobra prawnego powinna być, w celu zapełnienia najpełniejszej ochrony tego dobra, niezależna od świadomości i nastawienia psychicznego sprawcy⁵⁰.

Oczywiście w przypadku wielu czynów ich bezprawność (i kształt normy sankcjonowanej) będzie zależała od nastawienia psychicznego sprawcy. Tak będzie chociażby w przypadku form stadialnych popełnienia przestępstwa czy podżegania. Choć więc należy zaakceptować tezę, że „w przypadku wielu norm sankcjonowanych bezprawność ma charakter podmiotowo-przedmiotowy, z zaznaczającą się przewagą jednego lub drugiego elementu”⁵¹, to trzeba pozostać przy założeniu, że norma sankcjonowana wstępnie dekodowana z przepisu prawa karnego zasadniczo nie powinna zawierać elementów podmiotowych.

Powyższe rozważania prowadzą do przyjęcia, że przepis art. 115 § 1 k.k. nie powinien służyć jako instrumentarium do dekodowania norm sankcjonowanych z przepisów prawa karnego. Aby uznać, że przepis przewidujący za jakieś zachowanie karę kryminalną również zakazuje takiego zachowania, należałoby wykorzystać którąś z wcześniej przedstawionych koncepcji, opartych na uznaniu, że skoro jakieś zachowanie jest przez prawo sankcjonowane, to jest ono też przez prawo zakazane. Kara może być bowiem łączona jedynie z zakazem⁵².

⁴⁷ Zob. np. J. Majewski, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Warszawa 2010, s. 1162; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 307; R. Zawłocki, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do artykułów 32-116*, Warszawa 2010, s. 939.

⁴⁸ W. Wróbel, *Znamiona normy...*, s. 147; M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 107; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna...*, s. 177.

⁴⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 111.

⁵⁰ Inne argumenty przeciwko pogładowi, że zakres bezprawności zachowania wyznaczają również elementy subiektywne, przedstawia M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 107-108.

⁵¹ J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 301. Zob. też W. Wróbel, *Znamiona normy...*, s. 121-147; M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 108-110.

⁵² W. Wolter, K. Buchała, *Wykład prawa...*, s. 20; istotne jest podkreślenie, że to z karą łączy

Przeniesienie tych uwag na grunt prawa dyscyplinarnego nakazuje przyjęcie, że ustawodawca, przewidując odpowiedzialność dyscyplinarną za jakieś zachowanie, jednocześnie go zakazuje. Nie przesądza to jednak, że zachowanie to jest bezprawne, nie wiemy bowiem jeszcze, czy bezprawność na gruncie prawa karnego jest tym samym, co bezprawność na gruncie prawa dyscyplinarnego.

2.3. Bezprawność w prawie dyscyplinarnym

Bezprawność można określić jako „sprzeczność między faktycznym zachowaniem się człowieka, a tym zachowaniem, które ustawa określa jako nakazane” albo „zgodność między faktycznym zachowaniem się człowieka a zachowaniem się, które ustawa określa jako zakazane”⁵³. W takim ujęciu, bezprawność polega na stwierdzeniu relacji polegającej na przyporządkowaniu danego zachowania do klasy zachowań zakazanych albo stwierdzeniu braku relacji polegającej na przyporządkowaniu zachowania do klasy zachowań nakazanych⁵⁴. Tak rozumiana bezprawność (formalna, w ujęciu relacyjnym) powinna być jednolita dla całego porządku prawnego. Przeciwnie założenie mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której w dwóch różnych gałęziach prawa obowiązywałyby dwie normy postępowania, z których pierwsza w tej samej sytuacji nakazywałaby czynić coś innego niż druga. Stałoby to w sprzeczności z motywacyjną funkcją prawa oraz z zasadą wewnętrznej spójności (niesprzeczności) systemu prawnego⁵⁵.

Bezprawność jako konieczna przesłanka stwierdzenia przestępności czynu ma jednak i drugi aspekt (materialny, wartościujący). Służy on do wskazania, które z czynów bezprawnych formalnie są zakazane przez ustawodawcę ze względu na cel ustanowienia normy sankcjonowanej, jakim jest ochrona określonego dobra. Bezprawność materialna służy więc do zawężenia klasy czynów formalnie naruszających normę sankcjonowaną.

Uczynienie materialnej bezprawności cechą zawężającą klasę zachowań wstępnie uznanych za naruszające normę sankcjonowaną (zgodnie z relacyj-

się zakaz, a nie z każdego rodzaju odpowiedzialnością prawną. Zachowania, które mogą być podstawą tzw. odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, w żadnym razie nie mogą zostać uznane za zakazane.

⁵³ W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, Przegląd Prawa Karnego 1993, nr 8, s. 5.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Zob. M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 100-101 z przywołaną tam literaturą przedmiotu.

nym ujęciem bezprawności) jest związane z konstytucyjną zasadą proporcjonalności. Ograniczenie przez ustawodawcę wolności i praw obywatelskich musi być, w myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, uzasadnione ochroną jakichś wartości, dóbr, praw. Można je określić jako dobra prawne. Stworzenie nieakceptowalnego społecznie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego jest właśnie istotą bezprawności materialnej. E. Plebanek stwierdza, że to rozumowanie można odnieść też do przewinień dyscyplinarnych, ponieważ stosowanie zasady proporcjonalności nie ogranicza się jedynie do prawa karnego, ale odnosi się do wszelkich poczynań legislatora ograniczających prawa i wolności obywatelskie⁵⁶. Należy jednak uściślić, że bezprawność materialną winniśmy odnosić nie do wszelkich norm postępowania w porządku prawnym, ale co najwyżej do tych, które są sprzężone z normami sankcjonującymi należącymi do prawa represyjnego. W przypadku tych norm dochodzi bowiem do podwójnego ograniczenia wolności obywatelskiej – po raz pierwszy na poziomie normy sankcjonowanej, a po raz drugi na poziomie normy sankcjonującej⁵⁷, przy czym to drugie ograniczenie jest szczególnie daleko idące: dolegliwość będąca jego istotą przewyższa bowiem szkodę wyrządzoną społeczeństwu poprzez naruszenie normy sankcjonowanej. Odnoszenie bezprawności materialnej do wszystkich prawnych norm postępowania, do całego systemu prawnego, powodowałoby relatywizację ocen prawnych, niepewność obrotu prawnego, podważenie gwarancyjnej funkcji prawa stanowionego, a nawet zastępowanie ustawodawcy⁵⁸. Nie można więc w pełni zaaprobować poglądu o monistycznym ujmowaniu bezprawności – jest on możliwy do zaakceptowania tylko w części, w jakiej dotyczy bezprawności formalnej (bezprawności w ujęciu relacyjnym).

Powyższe wnioski pokazujące, że: 1) ustawodawca, przewidując za jakieś zachowanie sankcję przekraczającą dolegliwością szkodę wyrządzoną społeczeństwu przez naruszenie normy, jednocześnie go zakazuje; 2) bezprawność ujmowaną formalnie, relacyjnie, winniśmy odnosić do całego systemu prawa; 3) na gruncie prawa represyjnego zachowania uznane za bezprawne formalnie powinniśmy jeszcze oceniać pod kątem bezprawności w ujęciu wartościującym (materialnej) – prowadzą do konkluzji, że uznanie zachowania za bezprawne w sensie formalnym i materialnym jest konieczną przesłanką do uznania go za

⁵⁶ E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura...*, s. 451.

⁵⁷ Na to podwójne ograniczenie zwraca uwagę A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*, w: J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007, s. 11.

⁵⁸ W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące...*, s. 13-14. Zob. też G. Łabuda, *O kształcie...*, s. 84-85; M. Królikowski, *Kodeksowa teoria...*, s. 198-199.

przewinienie dyscyplinarne. Twierdzenie to jest zbieżne z założeniami struktury przewinienia dyscyplinarnego przyjmowanymi przez E. Plebanek⁵⁹. Podobnie do kwestii uznania normy sankcjonowanej przez prawo dyscyplinarne za normę prawną podchodzi R. Giętkowski⁶⁰.

Na innym stanowisku stoi W. Wróbel. Poszukując właściwego sposobu na dekodowanie normy sankcjonowanej z przepisu prawa karnego, autor ten odrzuca uznanie reguły inferencyjnej polegającej na wyprowadzeniu z faktu sankcjonowania jakiegoś zachowania przez ustawodawcę prawnego zakazu podejmowania takiego zachowania. Jednym z argumentów za odrzuceniem tej reguły jest dla W. Wróbla pokazanie, że jej przyjęcie doprowadziłoby do uznania zachowań stanowiących podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej za bezprawne, co z kolei „prowadziłoby (...) do bezpośredniego wprowadzenia w system prawa obowiązującego norm etycznych i nadania im reguł prawa obowiązującego”⁶¹. Odwołując się do uchybienia godności studenta i uchybienia godności zawodu nauczycielskiego jako podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej tych osób, W. Wróbel wskazuje, że „w obu tych wypadkach następuje odwołanie do reguł etyki zawodowej. Reguły te nie są opisane w żadnym przepisie prawa. Nie stają się więc normami prawa”⁶².

Można jednak wskazać, że owe normy etyczne stanowią tutaj jedynie dookreślenie stosunkowo szeroko zakreślonej normy prawnej (normy sankcjonowanej). W myśl przedstawionych wyżej wniosków, z przepisu art. 75 ust. 1 u.k.n. przewidującego, iż „nauczyciele podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za uchybienia godności zawodu nauczyciela”, można wyprowadzić normę sankcjonowaną (będącą normą prawną), adresowaną do nauczycieli, zakazującą im podejmowania zachowań uchybiających godności zawodu nauczyciela. Ta norma prawna doznaje uadekwatnienia, uszczegółowienia, dookreślenia czy doprecyzowania przez normy etyczne – pozaprawne. Zabieg taki nie jest w obszarze prawa represyjnego niczym szczególnym czy nowatorskim. W nauce prawa karnego przyjmuje się bowiem, że taki właśnie charakter mają reguły postępowania z dobrem prawnym. Nie są one najczęściej normami prawnymi, stanowią jednak tzw. formalno-materialne uadekwatnienie treści karnoprawnej normy sankcjonowanej⁶³.

⁵⁹ E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura...*, s. 449-454, 460-461.

⁶⁰ Choć nie posługuje się pojęciami normy sankcjonowanej i sankcjonującej; zob. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 193-194.

⁶¹ W. Wróbel, *Struktura normatywna...*, s. 99.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Zob. M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 41; reguły etyki zawodowej z „karnistycznymi” regułami postępowania z dobrem prawnym porównuje też E. Plebanek.

Na podobnym jak prezentowane tu stanowisku stanął Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dn. 7 X 1992 r.⁶⁴ TK podkreślił, że „normy deontologiczne same przez się charakteru prawnego nie posiadają”, a „zbiory norm prawnych i norm etycznych nie pokrywają się (...) i tworzą dwa względnie niezależne od siebie kręgi”. Opierając się jednak na postanowieniach ustawy z dn. 17 V 1989 r. o izbach lekarskich⁶⁵, Trybunał wskazał, że „normy etyczne mogą być przez akt prawny inkorporowane do systemu obowiązującego prawa”⁶⁶. Dzięki tym założeniom Trybunał mógł uznać, że normy KEL dookreślają normy wstępnie zdekodowane z d.u.i.l. i jako takie mogą stanowić przedmiot badania z punktu widzenia ich konstytucyjności⁶⁷.

Nie zawsze jednak normy pozaprawne, do których odsyłają przepisy ustawowe, będą skodyfikowane w kodeksach etyki właściwych dla danej grupy zawodowej – co więcej, takie spisane i uchwalone przez właściwe organy samorządu zawodowego zbiory zasad deontologicznych będą stanowiły wyjątki. Często konieczne będzie odwołanie się do niespisanych, nieskodyfikowanych norm obyczajowych, które jednak przez tę cechę nie tracą charakteru czynnika dookreślającego bardzo ogólne normy prawne. Tych reguł (obyczajowych, etycznych czy deontologicznych), jeśli nie będą skodyfikowane czy spisane w żadnym akcie o charakterze normatywnym, Trybunał Konstytucyjny już nie będzie mógł zbadać, pozostaną one poza zakresem jego kognicji (zob. art. 188 Konstytucji RP). Będzie jednak mógł badać konstytucyjność przepisów odsyłających do tych reguł.

Prezentowane stanowisko *prima facie* prowadziło do rozmycia pojęcia bezprawności, częstej niemożności odróżnienia tego, co bezprawne od tego, co legalne i – co za tym idzie – braku pewności co do obowiązującego prawa i zachwiania jednej z podstawowych zasad państwa prawnego, jaką jest zaufa-

Autorka ta wskazuje, że „oparcie wielu z reguł postępowania z dobrem na zwyczaju i innych niepisanych zasadach postępowania również nie jest powodem do odebrania im atrybutu kreowania cechy bezprawności. Reguły postępowania z dobrem mogą być ujęte w aktach prawnych (np. zasady bezpieczeństwa w ruchu drogowym), często są jednak wyrazem zgromadzonych przez wieki doświadczeń nieopisanych całościowo, lecz ustalanych *ad casum* (np. zasady opieki nad zwierzęciem lub dzieckiem) lub aktualnej wiedzy specjalistycznej z danej dziedziny życia społecznego”, E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura...*, s. 451-452.

⁶⁴ U 1/92, OTK 1992, nr 2, poz. 38.

⁶⁵ Dz.U. Nr 30, poz. 158, z późn. zm. Dalej: d.u.i.l. Ustawa ta została uchylona i zastąpiona przez u.i.l.

⁶⁶ Zob. też L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2006, s. 50-51.

⁶⁷ Stanowisko to zostało przez TK utrzymane również pod rządami obecnej Konstytucji, zob. wyrok TK z dn. 23 IV 2008 r., SK 16/07, OTK-A 2008, nr 3, poz. 45.

nie do państwa i stanowionego przez nie prawa. Jest to jednak problem w dużym zakresie pozorny. Powtórzyć należy bowiem, iż normy deontologiczne, etyczne jedynie dookreślają normę prawną zdekodowaną z przepisów ustawowych, uadekwatniając ją na podstawie potrzeb wynikających z okoliczności konkretnej sytuacji, podobnie jak to czynią reguły postępowania z dobrem prawnym, niezbędne do doprecyzowania treści ogólnie sformułowanej prawnokarnej normy sankcjonowanej zakazującej powodowania skutku. W prawie karnym w przypadku norm sankcjonowanych zakazujących powodowania skutku też bardzo często pojawia się problem z określeniem, jakie zachowanie narusza tę normę i przez to jest bezprawne. O tym decydować będą właśnie reguły postępowania z dobrem prawnym jako reguły (najczęściej) pozaprawne. Problem może leżeć na wyższym poziomie, czyli w zbyt szerokim i niejasnym zakresie przez ustawodawcę zakresu zastosowania i zakresu normowania normy sankcjonowanej zakazującej powodowania określonego skutku. Trudno jednak wyobrazić sobie inne sformułowanie przepisów stanowiących podstawę do rekonstrukcji takich norm. Uwaga ta dotyczy zarówno prawa karnego, jak i prawa dyscyplinarnego.

Można też zauważyć, że przy przyjęciu stanowiska innego niż reprezentowane, czyli przy dopuszczeniu możliwości wymierzenia sankcji dyscyplinarnej za zachowanie legalne, mogłoby dojść do pewnego paradoksu. Dolegliwość wiążąca się z wymierzeniem sankcji dyscyplinarnej może być stosunkowo duża (na pewno zaś często przewyższa szkodę wyrządzoną społeczeństwu czy samemu tylko samorządowi zawodowemu albo organizacji publicznej przez sprawcę), sama sankcja wyraża się natomiast w płaszczyźnie prawnej⁶⁸. Możliwość jej łączenia z zachowaniami legalnymi byłaby bardzo wątpliwa.

Można wreszcie wskazać, że stanowisko przeciwne do przyjmowanego w niniejszym opracowaniu wiązałoby się z pozbawieniem znaczenia prawnego nie tylko normy pośrednio dekodowanej z przepisu art. 75 ust. 1 u.k.n. (zakazującej uchybienia godności zawodu nauczyciela), ale też np. normy bezpośrednio dekodowanej z przepisu art. 107 § 1 p.u.s.p. (zakazującej uchybienia godności urzędu przez sędziego). Mielibyśmy zatem do czynienia ze szczególną sytuacją, w której norma dekodowana z przepisu prawnego nie byłaby normą prawną. Naruszenie tej normy związane byłoby jednak z koniecznością poddania się odpowiedzialności prawnej (i to represyjnej). Można wskazać w polskim systemie prawnym przykład normy, która, choć dekodowana z przepisu prawnego, jest normą społeczną, ale nie prawną. Jest to norma wyrażająca

⁶⁸ Na temat dolegliwości sankcji dyscyplinarnej zob. np. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplarna*..., s. 106.

społeczny obowiązek zawiadomienia prokuratora lub Policji o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, innego niż przestępstwa wymienione w art. 240 § 1 k.k. (zob. art. 304 § 1 k.p.k.). W tym przypadku już jednak ustawodawca w sposób wyraźny przesądził charakter tej normy jako tylko społecznej, a nie prawnej. Podkreślenie pozaprawnego charakteru tej normy powinno łączyć się z brakiem odpowiedzialności prawnej za jej naruszenie i wskazaniem, że to naruszenie może za sobą pociągać jedynie sankcje społeczne⁶⁹.

Zakaz uchybiania godności zawodu czy urzędu można umieścić w tej samej kategorii, co zakaz znieważania innych osób (zob. art. 216 k.k.). Znamię znieważenia jest uznawane w doktrynie prawa karnego nie za znamię opisowe, ale za ocenne, co wiąże się z koniecznością odwołania się do wartościowań pozaprawnych⁷⁰. Nikt jednak nie ma wątpliwości, że znieważenie innej osoby jest, jako naruszające karnoprawną normę sankcjonowaną zdekodowaną z art. 216 k.k., bezprawne.

Najpoważniejszy zarzut, jaki można postawić stanowisku zakładającemu tak szerokie rozumienie bezprawności, wiąże się z instytucją obrony koniecznej. W świetle przyjętych założeń, z faktu sankcjonowania jakiegoś zachowania na gruncie prawa dyscyplinarnego, wynika jego bezprawność. Wobec każdego takiego zachowania przysługiwałaby więc, zgodnie z art. 25 § 1 k.k., obrona konieczna. Doprowadziłoby to do dania osobie trzeciej możliwości ograniczania wolności sprawcy poprzez przeciwdziałanie podjęciu przez niego określonego zachowania niezgodnego z etyką tylko z uwagi na to, że osoba ta należy do grupy zawodowej, której członkowie podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za uchybienie godności zawodu. Bezprawność zamachu, będąca przesłanką obrony koniecznej, polega bowiem na sprzeczności zachowania sprawcy z jakąkolwiek normą należącą do danego systemu prawnego.

I ten zarzut można jednak odeprzeć, i to z dwóch względów. Po pierwsze, należy zauważyć, że dolegliwość wyrządzona poprzez zastosowanie obrony koniecznej względem sprawcy, który usiłuje dokonać czynu godzącego w godność jego zawodu czy urzędu, jest mniejsza niż dolegliwość wynikająca z ewentualnego zastosowania względem niego sankcji dyscyplinarnej⁷¹. Po

⁶⁹ Zob. P. Hofmański, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do artykułów 297-467*, Warszawa 2011, s. 44-45, z przywołaną tam literaturą przedmiotu.

⁷⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 182-183, zob. też M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywna...*, s. 66-69.

⁷¹ Osobną kwestią pozostaje zbadanie, czy, jeżeli przepis prawa dyscyplinarnego przewiduje odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie godności zawodu/urzędu albo naruszenie przepisów związanych z wykonywaniem zawodu, to czy odpowiedzialność taka grozi również za usiłowanie naruszenia godności albo usiłowanie naruszenia tych przepisów. Czy z normy zakazującej naruszania godności zawodu można zdekodować również normę

drugie, należy podkreślić ścisły związek represji z prewencją w demokratycznym państwie prawnym. Za podstawową funkcję prawa represyjnego powinna zostać uznana funkcja ochronna: normy prawa represyjnego są stanowione nie tyle po to, aby kogoś poddawać represji, ile aby przede wszystkim chronić dobra uznane przez ustawodawcę za cenne. W sytuacji, kiedy prawo represyjne, w tym i prawo dyscyplinarne, nie spełnia swej funkcji odstraszającej, nie motywuje sprawcy do działania zgodnego z normą i w jego umyśle pojawia się zamiar naruszenia tej normy i zaczyna go uzewnętrzniać, zmierzając bezpośrednio do naruszenia normy, nieracjonalnym z punktu widzenia celu ochronnego tej normy byłoby uniemożliwienie innym podjęcia obrony koniecznej w oczekiwaniu na naruszenie dobra i tym samym naruszenie normy, dające podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Funkcja ochronna prawa represyjnego powinna wyrażać się w możliwości zapobiegania naruszeniom dobra zasadniczo już na etapie usiłowania naruszenia normy sankcjonowanej. Widzimy więc, że kontrargument związany z instytucją obrony koniecznej jest tak naprawdę kolejnym argumentem przemawiającym za szerokim rozumieniem bezprawności na gruncie prawa dyscyplinarnego.

Podkreślona przy okazji powyższych uwag dotyczących obrony koniecznej funkcja ochronna prawa dyscyplinarnego będzie wyrażała się w jeszcze jednej formie uadekwatnienia normy sankcjonowanej, której naruszenie jest przesłanką odpowiedzialności dyscyplinarnej. Z dotychczasowych rozważań wynikały dwa takiego rodzaju takiego uadekwatnienia: formalne oraz formalno-materialne⁷². Przykładem formalnego uadekwatnienia może być doprecyzowanie normy zakazującej naruszania przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza (art. 53 u.i.l.) poprzez przepis art. 30 u.z.l., formułujący obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej. Formalno-materialne uadekwatnienie normy sankcjonowanej będzie wymagało odwołania do reguł deontologicznych, norm obyczajowych, skodyfikowanych (jak np. w KEL) albo nigdzie nie spisanych (reguły postępowania zgodnego z godnością zawodu nauczyciela). Ostatnia wreszcie forma, materialnego uadekwatnienia normy sankcjonowanej, związana jest z wartościującym (materialnym) aspektem bezprawności. Podkreślałem już, że normy prawa represyjnego mają służyć ochronie pewnych dóbr,

zakazującą usiłowania (bezpośredniego zmierzania do) zachowania naruszającego tę godność, pomimo braku w prawie dyscyplinarnym odpowiednika art. 13 k.k.? Odpowiedzi na te pytania ściśle związane są z problemem analizy normatywnej usiłowania, który nie został jeszcze dokładnie zbadany na gruncie prawa karnego, nie mówiąc już o prawie dyscyplinarnym czy, szerzej, prawie represyjnym albo o systemie prawnym w ogólności. zob. P. Kardas, *O relacjach...*, s. 22-24.

⁷² Terminologię przyjmuję za M. Bielskim, *Obiektywna przypisywalność...*, s. 40-42.

które – z racji objęcia ich ochroną prawną – stają się dobrami prawnymi. Inaczej jednak będą kształtowały się dobra prawne w poszczególnych gałęziach prawa represyjnego.

Prawo karne najczęściej chroni bezpośrednio dobra o charakterze indywidualnym, jak życie, zdrowie, mienie, nietykalność cielesną. Można jednak wskazać takie typy czynów zabronionych, których wprowadzenie do ustawy karnej służy w pierwszym rzędzie ochronie dóbr ponadindywidualnych, uniwersalnych. Ustawodawca często jednak nie poprzestaje na kryminalizowaniu określonej klasy zachowań z uwagi na ich szkodliwość dla dóbr ogólnych. „W tle” tych dóbr będą dobra indywidualne, pośrednio chronione przez stanowienie norm zakazujących ataku na dobra ponadindywidualne. I tak: chroniąc prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości poprzez ustanowienie przestępstwa składania fałszywych zeznań, ustawodawca pośrednio chroni wolność, mienie czy cześć oskarżonego, który na skutek fałszywych zeznań świadka może zostać niesłusznie skazany, albo pozwanego, który przy błędnym ustaleniu przez sąd stanu faktycznego będącego podstawą roszczenia, może stracić swój majątek. Podobnie, chroniąc prawidłowy obrót gospodarczy, ustawodawca chroni pośrednio mienie poszczególnych podmiotów w tym obrocie funkcjonujących. Oczywiście czasami trudno będzie o wskazanie dobra indywidualnego, które miałyby chronić typ chroniący w pierwszej kolejności dobro ponadindywidualne – tak będzie chociażby w przypadku posiadania środków odurzających (art. 62 ust. 1 ustawy z dn. 29 VII 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁷³). Ciężko w tym przypadku mówić o ochronie dobra prawnego w postaci zdrowia posiadacza tych środków, zwłaszcza jeśli ilość tych środków jest niewielka. Ustawodawca nie powinien bowiem stanowić norm paternalistycznych i chronić dóbr danej osoby wbrew jej woli. *Notabene*, stąd też wysuwane w doktrynie propozycje ograniczenia zakresu zastosowania normy sankcjonującej z art. 62 ust. 1 u.p.n. do posiadania środków odurzających w większej ilości – wówczas mielibyśmy do czynienia z formą kryminalizacji zastępczej i przepis ten uderzałby nie w osoby posiadające środki odurzające na własny użytek, ale w dilerów narkotykowych⁷⁴.

⁷³ Tekst jedn. Dz.U. 2012, poz. 124, z późn. zm. Dalej: u.p.n.

⁷⁴ A. Pilch, *Między ochroną a wolnością: granice prawa karania w przestępstwach abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Warszawa 2012, *passim*.

Uznanie dobra ponadindywidualnego w wielu typach przestępstw za dobro główne i dobra indywidualnego za dobro uboczne nie oznacza deprecjonowania tego drugiego. Dobro ponadindywidualne nie staje się przez takie ujęcie ważniejszym od indywidualnego. Po prostu jest ono chronione na gruncie danego typu bezpośrednio, a dobro indywidualne – pośrednio. Taką optykę można przenieść na grunt prawa dyscyplinarnego. Normy prawa dyscyplinarnego w pierwszym rzędzie będą chroniły takie dobra jak prawidłowe funkcjonowanie określonych organizacji publicznych, prawidłowe pełnienie służby przez członków takich organizacji, zapewnienie wewnętrznej dyscypliny w takich organizacjach⁷⁵. Ochrona takich właśnie ponadindywidualnych dóbr jest wyrazem tego, że „o ile głównym celem odpowiedzialności karnej jest ochrona porządku prawnego w państwie, o tyle w przypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej chodzi przede wszystkim o ochronę szeroko rozumianego porządku prawnego w danej organizacji wykonującej zadania publiczne”⁷⁶. Często jednak na gruncie prawa dyscyplinarnego „w tle” takich dóbr ponadindywidualnych będzie się dało wskazać jako chronione konkretne dobra indywidualne. Będą to takie dobra indywidualne, których zachowaniu służą przedstawiciele zawodów, w przypadku których ustawodawca przewidział odpowiedzialność dyscyplinarną⁷⁷.

Dla przykładu można wskazać, że na gruncie art. 53 u.i.l. ustawodawca bezpośrednio chroni prawidłowe funkcjonowanie izb lekarskich, ale pośrednio chroni życie i zdrowie pacjentów. Poprzez art. 107 § 1 p.u.s.p. chroniona jest bezpośrednio godność zawodu sędziego i prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, ale pośrednio chronione są interesy obywateli, takie jak wolność czy mienie. Dlatego wymagamy najwyższych standardów (w tym i etycznych) od sędziego, aby orzekał zgodnie z prawem i sprawiedliwie. Podobnie, art. 71 ustawy z dn. 29 VIII 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji⁷⁸ w pierwszym rzędzie chroni prawidłowe pełnienie służby przez komorników i godność urzędu komornika, ale w dalszej perspektywie przewidziana jest ochrona interesów majątkowych obywateli, na które komornicy oddziałują.

⁷⁵ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 52.

⁷⁶ *Ibidem*, s. 109, R. Giętkowski dodaje, że to „nie oznacza, że odpowiedzialność karna nie może w pewnych przypadkach służyć ochronie porządku w danej organizacji, a ochrona takiego porządku, zapewniana przez odpowiedzialność dyscyplinarną, nie może przekładać się na ochronę porządku prawnego w całym państwie. Jest to zwłaszcza widoczne, gdy członkowie takich organizacji bezpośrednio wykonują określone działania na rzecz osób spoza takiej organizacji”.

⁷⁷ Por. E. Plebanek, *Wielowarstwowa struktura...*, s. 452.

⁷⁸ Tekst jedn. Dz.U. 2011 Nr 231, poz. 1376, z późn. zm.

Naruszenie albo narażenie tak określonych dóbr prawnych (choć ta uwaga będzie dotyczyła przede wszystkim wyszczególnionych dóbr o charakterze ponadindywidualnym) będzie warunkiem przyjęcia materialnej bezprawności zachowania formalnie naruszającego normę sankcjonowaną i w konsekwencji będzie przesłanką przyjęcia, że doszło do popełnienia przewinienia dyscyplinarnego. Ze względu jednak na takie, a nie inne określenie dóbr chronionych przepisami prawa dyscyplinarnego, praktyczne zastosowanie instytucji bezprawności materialnej jako zawężającej klasę zachowań bezprawnych formalnie będzie w prawie dyscyplinarnym ograniczone do minimum, o ile w ogóle kiedykolwiek znajdzie zastosowanie. Skuteczne przeprowadzenie przeciwdowodu na brak zagrożenia dla dobra ponadindywidualnego (a takie właśnie dobra stanowią główny przedmiot ochrony w przypadku przewinień dyscyplinarnych) jest praktycznie niemożliwe. W pewnym sensie można twierdzić, że bezprawność formalna i materialna będą się zlewały na gruncie prawa w jeden element: jeżeli z przepisów prawa dyscyplinarnego zrekonstruujemy normę zakazującą uchybiania godności zawodu, to już sama treść zakresu normowania tej normy będzie obejmowała to, co jest istotą bezprawności materialnej: uszczerbek dla dobra prawnego (godności zawodu).

Instrumentarium związane z pojęciem dobra prawnego będzie miało na gruncie prawa dyscyplinarnego bardzo ważne znaczenie przy badaniu stopnia społecznej szkodliwości przewinienia dyscyplinarnego. Wypada jednak podkreślić, że ewentualne wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej z uwagi na zbyt niski stopień społecznej szkodliwości przewinienia dyscyplinarnego nie będzie oznaczało przyporządkowania tego przewinienia do klasy zachowań legalnych.

3. Podsumowanie

Przeprowadzona analiza pokazała, że przyjętą na gruncie prawa karnego koncepcję norm sprzężonych: sankcjonowanej i sankcjonującej można z powodzeniem przenieść na grunt prawa dyscyplinarnego. Norma sankcjonowana, której naruszenie skutkuje pociągnięciem do odpowiedzialności dyscyplinarnej, jest normą prawną. Reguły obyczajowe, deontologiczne, które naruszają podmiot pociągany do odpowiedzialności dyscyplinarnej stanowią uadekwatnienie tej normy, nie zmieniając jednak przez to jej charakteru jako normy prawnej. Bezprawność zachowania sprawcy należy zatem uznać za konieczną przesłankę pociągnięcia go do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Ową bezprawność (nie tylko w prawie dyscyplinarnym, ale na gruncie całego prawa

represyjnego) powinniśmy rozumieć w dwóch ujęciach: relacyjnym – formalnym i wartościującym – materialnym. Znaczenie tego drugiego ujęcia w prawie dyscyplinarnym jest jednak marginalne. Sposób dekodowania normy sankcjonowanej w prawie karnym i prawie dyscyplinarnym jest podobny: nie należy w tym celu stosować przepisu art. 115 § 1 k.k., lecz oprzeć się na założeniu, że jeżeli ustawodawca wprowadza za jakieś zachowanie sankcję przekraczającą dolegliwością szkodę wyrządzoną społeczeństwu przez naruszenie normy, to jednocześnie takiego zachowania zakazuje, przy czym dla treści tego zakazu zasadniczo nie ma znaczenia nastawienie woluntatywne sprawcy.

Conduct norm in criminal and disciplinary law: An attempt of a comparative analysis

The author, basing on works dedicated to problems of norms in criminal law, presents a proposal of characteristic of conduct norm, breaking of which results in sanctions described by disciplinary law and compares this norm with the conduct norm appropriate for criminal law. Presented in literature way of decrypting the conduct norm in criminal law, which bases on using the provision of art. 115 § CC, is to be criticized. It appears that the proper view is the one stating that setting by the legislator a sanction for some conduct, which in its severity exceeds the harm done to the society by breaking the law, is at the same time statutory prohibition of such conduct. This method may be applied to both criminal and disciplinary law, and – maybe – to whole repressive law. The conduct norm in disciplinary law is detailed by various custom and deontological rules, however it does not become a non-legal norm because of that.

Jakub Bojke*

Rola zasady proporcjonalności w wykładni przepisów prawa karnego materialnego

Zasada proporcjonalności dotyczy ingerencji w prawa i wolności jednostki we wszystkich gałęziach prawnych. Mimo to szczególnym zainteresowaniem cieszą się jej związki z prawem karnym, przy czym kwestią wyjątkowo sporną jest zakres jej zastosowania w procesie wykładni przepisów prawa karnego materialnego. Precyzyjne określenie przesłanek zastosowania zasady proporcjonalności nastręcza wiele problemów i wymaga przytoczenia poglądów dotyczących treści tej zasady, wskazania podstawowych problemów z tym związanych i próby przeniesienia tego na grunt wykładni przepisów prawnokarnych. Celem tekstu jest odniesienie się do prezentowanych dotychczas poglądów na temat znaczenia zasady proporcjonalności w prawie karnym i przedstawienie własnego stanowiska. Kluczową perspektywę dla sformułowania odmiennego poglądu stanowi zasada podziału i równowagi władzy wraz z dookreślającymi ją regulacjami konstytucyjnymi.

1. Wstęp

Konstytucyjna zasada proporcjonalności jest dotyczącą ingerencji w status jednostki zasadą uniwersalną, niezwiązaną ściśle z odpowiedzialnością karną, w przeciwieństwie do niektórych innych zasad o randze konstytucyjnej, takich jak np. zasady określoności czynu zabronionego pod groźbą kary. Mimo to wydaje się mieć ona zasadniczy wpływ na prawo karne jako gałąź prawa najdalej ingerującą w prawa i wolności jednostki, o czym przekonują wypowiedzi przedstawicieli nauki prawa karnego i niektóre orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

* Student prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Związki zasady proporcjonalności z prawym karnym wydają się szczególnie interesujące z punktu widzenia zasady podziału władzy, tj. odpowiedzi na pytanie w jakim zakresie zasada ta kierowana jest do ustawodawcy, Trybunału Konstytucyjnego i sądów stosujących prawo. Celem niniejszego tekstu jest odniesienie się do ostatniej z wymienionych perspektyw na gruncie prawa polskiego i próba rozstrzygnięcia czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie, zasada proporcjonalności znajduje zastosowanie w procesie stosowania prawa¹.

2. Treść zasady proporcjonalności

Przed poczynieniem rozważań na temat roli zasady proporcjonalności w prawie karnym zasadnym wydaje się zrekonstruowanie jej treści w oparciu o wypowiedzi kompetentnych w tym zakresie przedstawicieli doktryny prawa konstytucyjnego, a także Trybunału Konstytucyjnego. Omawiana zasada została ukształtowana już w XIX w. w orzecznictwie administracyjnym, a w XX w. zyskała uznanie we właściwie wszystkich demokratycznych państwach prawnych, stąd też nie brakuje źródeł poglądów na jej temat. Z uwagi jednak na cel opracowania ograniczyć się w tym miejscu należy do wypowiedzi polskich autorów i polskiego Trybunału.

Zasada proporcjonalności na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej została wyrażona w art. 31 ust. 3. Przegląd współczesnego piśmiennictwa konstytucyjnego² i orzecznictwa³ nie pozostawia wątpliwości, że jakkolwiek przywołany przepis wprost odwołuje się jedynie do tzw. koncepcji istoty⁴ (niem. *Wesengehalt*, zob. art. 31 ust. 3 zd. 2), to na zasadę proporcjonalności składają się trzy elementy:

1. zasada przydatności (adekwatności) – polegająca na przeprowadzeniu testu weryfikującego czy używane środki prawne nadają się do realizacji celu;

¹ Na potrzeby niniejszego tekstu pojęcie stosowania prawa utożsamiane będzie z tytułowym pojęciem wykładni i nie będzie odnosić się do procesu subsumpcji.

² Por. m.in. L. Gardocki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2014, s. 103; K. Wojtyczek, w: P. Sarnecki (red.), *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014, s. 100.

³ Pierwszym orzeczeniem polskiego Trybunału Konstytucyjnego nawiązującym do trójelementowej definicji zasady proporcjonalności był wyrok TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94; por. też wyrok TK z 25 lutego 1999 r., sygn. akt K 23/98.

⁴ Na temat tego istoty poszczególnych praw i wolności zob. m.in.: wyroki TK z 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98 i z 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00 – w odniesieniu do prawa własności oraz wyroki TK z 19 lutego 2013 r., sygn. akt 14/11 i z 11 lipca 2013 r., sygn. akt SK 16/12; por. też wyroki TK z 25 maja 1999 r., sygn. akt SK 9/98 i z 17 maja 2006 r., sygn. akt K 33/05.

2. zasada konieczności (najłagodniejszego środka) – nakazująca spośród dostępnych środków wybrać ten, który jest najmniej uciążliwy dla jednostki;
3. zasada proporcjonalności *sensu stricto* – nakazująca pozostawianie stopnia uciążliwości danej regulacji w odpowiedniej proporcji do wartości dobra, którego ochronie służy (przeprowadzenie tzw. ważenia dóbr *in concerto*).

Na tle tak sformułowanej treści zasady proporcjonalności wyłania się szereg problemów związanych z jej stosowaniem. Ich analiza przekracza oczywiście ramy tekstu, jednak tytułem przykładu można wskazać na niejednokrotnie występujące problemy ze wskazaniem celu ustawy, jaki badać nakazuje zasada adekwatności.

Jeśli chodzi o zasadę proporcjonalności *sensu stricto* to nasuwa się kłopot związany z ważeniem wartości poszczególnych praw i wolności, których struktura będzie często dalece od siebie odbiegać (w szczególności inna jest struktura wolności, a inna praw ujętych pozytywnie). Nasuwa się też pytanie o dopuszczalność stosowania tej zasady bez odnoszenia się do konkretnych praw i wolności⁵ oraz o to czy z ustawy zasadniczej da się wywieść hierarchię praw i wolności, która pozwala na uzyskanie tylko jednego rezultatu w wyniku stosowania zasady proporcjonalności, co może budzić zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia rozbieżnych systemów wartości reprezentowanych przez poszczególne grupy w społeczeństwie pluralistycznym.

Z punktu widzenia prawa karnego najwięcej problemów może jednak sprawiać zasada konieczności, która interpretowana ściśle może stawiać pod znakiem zapytania konstytucyjność wielu regulacji typizujących przestępstwa abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, a także wiele regulacji wykroczeniowych.

Dalsze problemy związane z zasadą proporcjonalności, a w szczególności dotyczące dopuszczalności stosowania jej odwrotności, tj. stosowania jej w przypadku zaniechań organów władzy państwowej będą ujawniać się przy okazji odnoszenia się do poglądów prezentowanych przez przedstawicieli nauki prawa karnego w zakresie znaczenia zasady proporcjonalności w prawie karnym.

⁵ Tak zdaje się przyjmować Trybunał Konstytucyjny, opierając się w niektórych orzeczeniach na zakazie nadmiernej ingerencji i nie odwołując się do zasady proporcjonalności *sensu stricto*. Por. np. wyrok TK z 17 lipca 2014 r., sygn. akt SK 35/12. Stanowi to wyraz typowo wertykalnego charakteru zasady proporcjonalności, odnoszącego się do możliwości ingerencji państwa w prawa i wolności jednostki. Zupełnie inne spojrzenie zaprezentował Trybunał w wyroku z 12 maja 2008 r., sygn. akt SK 43/05, dotyczącym art. 212 k.k. Tam odnosił się do ważenia różnych praw i wolności przyznawanych jednostkom, czyli do horyzontalnego działania zasady proporcjonalności.

2. Znaczenie zasady proporcjonalności w procesie wykładni przepisów prawa karnego materialnego

2.1. Dotychczas prezentowane poglądy na temat znaczenia zasady proporcjonalności na etapie sądowego stosowania prawa

Przechodząc do próby przełożenia zasady proporcjonalności na grunt stosowania prawa karnego materialnego w pierwszej kolejności warto wskazać na dotychczas zaprezentowane w tym przedmiocie poglądy, które odbiegają od siebie w sposób fundamentalny. Podstawowa kwestia, która budzi wątpliwości, dotyczy samej dopuszczalności powoływania się na zasadę proporcjonalności. O ile jest zupełnie klarowną kwestią, że zasada ta w pełni kierowana jest do ustawodawcy, to już zakres jej stosowania przez Trybunał Konstytucyjny i sąd stosujący prawo budzi wątpliwości. W tym ostatnim i interesującym nas przypadku wątpliwość dotyczy już tego, czy sąd w ogóle ma kompetencję do odwoływania się do zasady proporcjonalności.

Na tak postawione pytanie negatywnie odpowiada np. M. J. Lubelski⁶: „Nie widzę dostatecznego uzasadnienia dla powoływania się na tę zasadę bezpośrednio na etapie wykładni i stosowania prawa obowiązującego, np. na etapie racjonalizacji wymiaru kary”.

Zupełnie inny pogląd prezentuje T. Dukiet-Nagórska, widzi w zasadzie proporcjonalności użyteczny i daleko⁷. Autorka proponuje, aby najpierw odczytywać treść normy sankcjonującej z przepisu karnego przy użyciu powszechnie przyjmowanych narzędzi interpretacyjnych, tj. wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej, a następnie weryfikować tak uzyskany rezultat z punktu widze-

⁶ M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm prawa karnego*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 183. Autor ten uważa, że zasada proporcjonalności w ogóle nie jest kierowana do sądu, a ustawodawca dookreśla ją na gruncie prawa karnego różnymi regulacjami części ogólnej k.k. Wymienia m.in. art. 1 § 2 k.k. czyniący z karygodności element struktury przestępstwa, art. 53 § 1 k.k. regulujący dyrektywy wymiaru kary oraz art. 58 k.k. traktujący karę pozbawienia wolności jako *ultima ratio* i treść takich przepisów o randze ustawy przeznaczona jest dla sądu stosującego prawo, a nie bezpośrednio 31 ust. 3 Konstytucji.

⁷ T. Dukiet-Nagórska, *Wykładnia przepisów prawnokarnych a konstytucyjne zasady dotyczące odpowiedzialności karnej*, w: Z. Jędrzejewski, Z. Wiernikowski, S. Żółtek, M. Królikowski (red.), *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, Warszawa 2014, s. 59-60.

nia wzorców dekodowanych z zasady określoności czynu zabronionego (wzorzec służący ochronie oskarżonego przed pociągnięciem do odpowiedzialności karnej za czyn nieopisany w ustawie w sposób czytelny dla roztropnego obywatela) oraz zasady państwa prawnego (wzorzec służący ochronie pokrzywdzonego). Innymi słowy pierwszy z wzorców służy realizacji funkcji gwarancyjnej, a drugi funkcji ochronnej prawa karnego. W razie niemożności realizacji obu tych funkcji w należyтым stopniu należy odwołać się do zasady proporcjonalności i to ta zasada ma za zadanie przyznanie którejś z tych funkcji prymatu nad drugą, zmieniając w ten sposób rezultat pierwotny rezultat wykładni. A zatem zasada proporcjonalności w tym ujęciu pełni funkcję zupełnie podstawową i ma niezwykle doniosły wpływ na wynik stosowania prawa. Co warto podkreślić, tak rozumiana zasada proporcjonalności prowadzić może do ograniczenia zasady określoności czynu i rozszerzać tym samym zakres karalności⁸.

2.2. Ocena trafności przytoczonych poglądów

Odnosząc się do pierwszego z przedstawionych poglądów, wskazać warto na to, że znajduje on odzwierciedlenie w warstwie językowej art. 31 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że ograniczenia konstytucyjnie chronionych praw i wolności „mogą być ustanawiane tylko w ustawie” pod odpowiednimi warunkami. Bez trudu można zatem dostrzec adresata tej zasady w postaci ustawodawcy, trudno zaś odnieść to brzmienie przepisu do sądu stosującego prawo. Zgadzając się, że zasadniczo zasada ta kierowana jest do władzy ustawodawczej, warto jednak wskazać na art. 8 ust. 2 Konstytucji, który nakazuje stosowanie bezpośrednio przepisów Konstytucji i jest stanowi zasadniczą podstawę do formułowania nakazu wykładni prokonstytucyjnej, tj. takiej, która w najpełniejszy sposób czyni zadość zasadom konstytucyjnym⁹. Wydaje się zatem, że i zasada proporcjonalności może znaleźć swoje zastosowanie w procesie wykładni przepisów prawa karnego materialnego, przy czym inną kwestią jest zakres zastosowania tej zasady przez sąd.

W tym miejscu nasuwają się wątpliwości dotyczące stanowiska T. Dukiet-Nagórskiej. Pojawia się pytanie, czy sądy stosujące prawo są legitymowane do

⁸ Co warto dostrzeżenia, M.J. Lubelski wydaje się również przypisywać zasadzie proporcjonalności tak szerokie, dwubiegunowe działanie: „Proporcjonalność, pamiętajmy, to nie tylko łagodzenie ale też zaostrzanie wymiaru kary”, por. M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań...*, s. 183-184.

⁹ Zob. P. Czarny, *Trybunał Konstytucyjny a wykładnia ustaw w zgodzie z Konstytucją*, w: S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze 2005.

stosowania zasady proporcjonalności w tak szerokim zakresie, jaki zaprezentowała autorka. Na przeszkodzie wydaje się stać zasada podziału władzy, o której mowa w art. 10 ust. 1 Konstytucji. W ramach tej zasady to ustawodawca dysponuje swobodą działania stosownie do treści art. 4 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, że suweren działa poprzez swoich przedstawicieli, czyli posłów i senatorów (por. art. 104 ust. 1 Konstytucji). Natomiast rola sądów wygląda w tym kontekście inaczej: zgodnie z art. 178 ust. 1 Konstytucji sędziowie podlegają Konstytucji i ustawom, czyli tym aktom normatywnym, które uchwała parlament. Wydaje się, że z przytoczonych regulacji konstytucyjnych wynika legitymacja jedynie władzy ustawodawczej do prowadzenia polityki karnej, czemu na przeszkodzie stoi pogląd pozwalający na odejście od rezultatu wykładni, w tym wykładni językowej, poprzez zastosowanie zasady proporcjonalności. Trudno bowiem inaczej aniżeli wpływaniem na politykę karną, nazwać tego rodzaju modyfikację wyniku wykładni prawnokarnej regulacji.

Z przyjęciem omawianego poglądu wiąże się inny jeszcze problem natury ustrojowej. Mianowicie metoda zaproponowana przez T. Dukiet-Nagórską nie wyznacza w ogóle granic dla operowania zasadą proporcjonalności w powiązaniu z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji. Oznacza to w istocie przyjęcie, że w zasadzie żadna regulacja nie może być niekonstytucyjna, ponieważ w każdym przypadku można uadekwatnić treść zdekodowanych z przepisu norm przy pomocy zasady proporcjonalności. To zaś powoduje, że Trybunał Konstytucyjny mógłby stwierdzić niezgodność z konstytucją w zasadzie tylko w przypadku naruszenia trybu uchwalania aktu normatywnego. Stan niezgodny z konstytucją mógłby powstać wprawdzie jeszcze poprzez brak wymaganej przez konstytucję regulacji ustawowej, jednak takich spraw w praktyce polski Trybunał nie rozstrzyga¹⁰. Tak dalekie ograniczenie roli Trybunału Konstytucyjnego rysuje się jako trudne do zaakceptowania i niemożliwe do pogodzenia z wypowiedziami doktryny na temat roli Trybunału w badaniu zgodności prawa z Konstytucją, a także z dotychczasową działalnością Trybunału.

Trudno znaleźć również podstawy dla przypisywania zasadzie proporcjonalności nie tylko roli zakazującej organom państwa nadmiernej ingerencji w prawa jednostki, ale również nakazującej rozszerzenie tej ingerencji tam, gdzie wymaga tego ochrona innych wartości. Tego rodzaju myśl trudno wywieść ze znaczenia językowego art. 31 ust. 3. Nie sposób również znaleźć wypowiedzi polskiego Trybunału Konstytucyjnego opowiadającej się za rozumieniem zasady propor-

¹⁰ W zasadzie jedyny mechanizm reakcji na taką sytuację stanowi art. 4171 § 1 k.c., który ma jednak zupełnie inny charakter niż badanie zgodności z Konstytucją stanu prawnego.

cjonalności obejmującym również jej odwrotność (niem. *Untermassverbot*). Wydaje się, że również przedstawiciele polskiej nauki prawa konstytucyjnego przypisują tej zasadzie znaczenie jedynie w zakresie ograniczania naruszania praw i wolności jednostki¹¹, stąd trudno przyjąć, że na gruncie prawa karnego jako prawa o charakterze subsydiarnym, obwarowanego szczególnymi zasadami gwarancyjnymi, przyjąć można stosowanie odwrócenia zasady subsydiarności. Tego rodzaju założenie stałoby również na przeszkodzie formułowanej na gruncie polskiej ustawy zasadniczej zasady *in dubio pro libertate*.

2.3. Podsumowanie

Wydaje się, że należy szukać rozwiązania pośredniego pomiędzy dwoma przytoczonymi wyżej, które pozostawałoby w zgodzie z regulacjami ustrojowymi polskiej Konstytucji, a jednocześnie uzasadniałoby szereg schematów argumentacyjnych pojawiających się w piśmiennictwie karnistycznym.

Oczywiście jest tak, że sąd operuje zasadą proporcjonalności w sposób pośredni, stosując instytucje ustawowe, które stanowią doprecyzowanie zasady proporcjonalności, jak to jest np. w przypadku klauzuli znikomego stopnia społecznej szkodliwości, o której mowa w art. 1 § 2 k.k. Nie oznacza to jednak, że nie wykorzystuje się tej zasady bezpośrednio na poziomie stosowania prawa, nawet jeżeli nie jest to wprost wysławiane. Mam tu na myśli chociażby pomysły na ujmowanie bezprawności w sposób materialny¹² czy podstawowe modele wykorzystywane przy tzw. obiektywnej przypisywalności skutku, w tym w szczególności tzw. naukę o zwiększonym ryzyku (niem. *Risikoerhöhungslehre*)¹³. Tego rodzaju pomysły to nic innego jak sposób na unikanie nadmiernej ingerencji w prawa jednostki na etapie wykładni przepisów typizujących i odpowiednie uadekwatnianie dekodowanych z nich norm sankcjonowanych i sankcjonujących¹⁴ stosownie do zasady proporcjonalności.

¹¹ Pogląd przeciwny, nakazujący stosowanie również odwrotności zasady proporcjonalności rozpowszechniony jest w nauce niemieckiej, jednak trudno uznać to za przekonujący argument w rozważaniach na gruncie prawa polskiego.

¹² Por. np. W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, PPK 1993, nr 8, s. 5.

¹³ Na jej temat w polskiej nauce prawa karnego por. m.in. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 176 i n. oraz M. Bielski, *Obiektywna przypisywalność skutku w prawie karnym*, Kraków 2009, niepubl. rozprawa doktorska, s. 237 i n.

¹⁴ W ramach tekstu odwołuję się do koncepcji dwuelementowych norm sprzężonych. Na jej temat zob. np. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 110 i n.

Taki zabieg wydaje się uzasadniony wszędzie tam, gdzie znamiona zostały ujęte w opisie czynu w sposób ogólny i językowo niedookreślony, czyli przede wszystkim przy przestępstwach skutkowych. Odwołanie się do zasady proporcjonalności wydaje się tym bardziej zasadne tam, gdzie swoboda sądu została bezpośrednio wyrażona, w tym w szczególności przy okazji wymiaru kary¹⁵.

Inaczej sytuacja przedstawia się tam, gdzie ustawodawca nie pozostawia zbyt szerokiego pola manewru sądowi, czyli przede wszystkim przy wykładni przepisów typizujących tzw. przestępstwa formalne abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. W takich przypadkach, kiedy ustawa kategorycznie rozstrzyga o kolizji zachodzącej pomiędzy poszczególnymi wartościami konstytucyjnymi¹⁶, rola zasady proporcjonalności w wykładni przepisów prawa materialnego powinna mieć charakter zdecydowanie ograniczony. Trudno bowiem znaleźć legitymację ustrojową dla sądu, aby takie rozstrzygnięcie mógł on swobodnie kwestionować i modyfikować w oparciu o zasadę proporcjonalności. W gestii sądu pozostają jedynie tradycyjne metody wykładni, czyli przede wszystkim podważanie jednoznaczności językowej tekstu przepisu typizującego oraz, stosownie do wykładni systemowej, poszukiwanie instrumentów uadekwatniających zakres zastosowania normy sankcjonującej w aktach prawnych o randze niższej niż Konstytucja. Oczywiście czym innym pozostaje kwestia zadania pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego w oparciu o art. 193 Konstytucji, która pozostaje jednak poza ramami niniejszego tekstu.

The role of the principle of proportionality in the interpretation of regulations of the substantive criminal law

The principle of proportionality is related to limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights in many different areas of law. Despite this, the principle of proportionality is known as very important especially in the criminal law. It is also very contentious issue how wide is range of this principle in the process of interpretation of substantive criminal law. Precise definition of the premises of the principle of proportionality brings a lot of problems so it requires an analysis of views on the content of this principle and identify the most im-

¹⁵ Art. 53 § 1 k.k. wprost stanowi o „uznaniu” sądu.

¹⁶ W szczególności chodzić będzie o kolizję pomiędzy wolnością i prawami majątkowymi sprawcy a innymi wartościami wymienionymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

portant problems. The objective of the text is a reference to the previously presented views on the importance of the principle of proportionality in criminal law and present own view. The key perspective is the principle of separation of and balance between powers and constitutional regulations related to this principle.

Łukasz Strycharczyk*

Kara łączna przed i po nowelizacji

Jedną z najważniejszych, z punktu widzenia praktyki prawa karnego, instytucji jest kara łączna. Jej idea wywodzi się z porewolucyjnej Francji, gdzie chciano zerwać z surowymi karami stosowanymi przez państwo absolutne. Na podstawie przepisów regulujących tę instytucję można połączyć kilka kar wymierzonych jednemu sprawcy w jedną – tak by nie musiał odbywać wielu kar po kolei. Kara łączna, co do zasady, wymierzana jest w granicach od najsurowszej z kar jednostkowych do ich sumy. Zastosowanie przedmiotowej instytucji jest uzależnione od wystąpienia zbiegu przestępstw, rozumianego jako popełnienie dwóch lub więcej przestępstw przed zapadnięciem wyroku, chociażby nieprawomocnego, za którekolwiek z nich. Po nowelizacji zmienia się definicja realnego zbiegu przestępstw. Ustawodawca dokonuje także przemodelowania niektórych zasad szczególnych. Nowelizacja, biorąc pod uwagę wprowadzone przez nią zmiany, redefiniuje tę bardzo ważną instytucję.

1. Historia instytucji kary łącznej

Instytucja kary łącznej istnieje w polskim systemie prawa karnego od momentu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1932 roku. Przepisy o karze łącznej zostały następnie wpisane do k.k. z 1969 roku i przejęte przez obowiązujący Kodeks – z roku 1997. Regulacje tego rodzaju istnieją także powszechnie w systemach prawnych innych państw. Potrzeba zmiany rzymskiej jeszcze zasady *quod delicta tot poenae*, wedle której kary odbywało się kolejno po sobie, pojawiła się w Europie w czasach rewolucji francuskiej na fali postulatów humanitaryzmu. Stwierdzono bowiem, że odbywanie kar po kolei, będące *de facto*

* Student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Członek Koła Naukowego Prawa Karnego przy Instytucie Prawa Karnego WPiA UW.

ich kumulacją, stoi w sprzeczności z zasadą humanitaryzmu oraz z ideą resocjalizacji¹. W rezultacie kolejne francuskie kodeksy karne przyjmowały najbardziej korzystną dla sprawcy metodę łączenia kar – zasadę absorbcji. W systemie prawnym ówczesnej Francji nazwaną ją *la règle du non-cumul*, zaznaczając odcięcie się od zasady kumulacji kar jako pozostałości po punitywnym systemie monarchicznym. Co ciekawe, do dziś we francuskim k.k. istnieje instytucja kary łącznej, oparta na zasadzie absorbcji. Zastosowanie tej zasady zostało mocno ograniczone, lecz dalej jest ona główną metodą łączenia kar². W niektórych systemach prawnych państw zachodnich zasada absorbcji została odrzucona jako zbyt łagodna i przyjęto zamiast niej system asperacji – wyrok łączny wydaje się w granicach od najwyższej kary jednostkowej do sumy kar łączonych. W jeszcze innych krajach, takich jak Wielka Brytania czy Hiszpania, system prawny pozostał przy zasadzie kumulacji kar. Wprowadzono jednak możliwość (ta zależy, co do zasady, od sędziego), aby skazany odbywał dwa wyroki jednocześnie. Faktycznie więc jest to swoista zasada absorbcji. Historia regulacji kary łącznej dowodzi, że potrzeba jej istnienia została dostrzeżona i jest to obecnie jedna z wielu niezbędnych w praktyce instytucji prawa karnego.

2. Wielość przestępstw

Aby móc mówić o karze łącznej, wypada dokonać pewnego wprowadzenia do tematyki wielości przestępstw. W praktyce wielość przestępstw przybiera różną formę. Poprzez wielość przestępstw rozumiemy – przyjmując trafną definicję P. Kardasa – „wyodrębnienie w działaniu sprawcy dwóch lub więcej czynów, z których każdy kwalifikowany jest jako odrębne przestępstwo”³. Wielość przestępstw może przyjąć różną formę. W określonej sytuacji traktowana jest ona jako recydywa zwyczajna bądź multirecydywa. Do takiej sytuacji dochodzi, gdy przestępstwa przedzielone są wyrokiem sądu, zaś drugie z tych przestępstw było przestępstwem podobnym oraz zostało popełnione w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary za pierwsze z nich. Analogicznie, zgodnie z warunkami art. 64 § 2, wielość przestępstw przedzielonych wyrokiem może zostać zakwalifikowana jako multirecydywa. Drugim z rodzajów wielości przestępstw może być ich zbieg. W takim wypadku popełnione zostaje

¹ W. Grzyb, *Realny zbieg przestępstw, analiza dogmatyczna na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, Warszawa 2013, s. 18.

² *Ibidem*, s. 19.

³ A. Zoll, *Kodeks karny część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1022.

przestępstwo, zaś wyrok za nie zapada po drugim lub następnym przestępstwie. Zbieg taki może przybierać różne postaci. Jedną z nich jest tzw. pomijalny zbieg przestępstw. Zbieg taki zachodzi w sytuacji, gdy sprawca dopuścił się wielu czynów, zaś odpowiada za jedno przestępstwo⁴. Do takiej sytuacji może dojść w przypadku np. przestępstwa dwuaktowego – kradzież z włamaniem. W ramach pomijalnego zbiegu przestępstw mogą wystąpić tzw. czyny współkarane – następce bądź uprzednie. Przykładem współkaranego czynu uprzedniego jest dokonanie usiłowania przestępstwa przed jego dokonaniem, które wkrótce jednak następuje. Przykładowo: sprawca usiłuje zabić ofiarę, co nie udaje się w wyniku stawianego przez nią oporu (usiłowanie). Następnie sprawca, po przełamaniu obrony ofiary, zadaje jej śmiertelny cios (dokonanie). W takiej sytuacji sprawca nie zostanie skazany za dwa przestępstwa (usiłowanie zabójstwa i zabójstwo), lecz jedynie za zabójstwo. Mimo wielości czynów sprawca odpowie za jedno przestępstwo. Przykładem współkaralnego czynu następczego jest kradzież rzeczy w celu przywłaszczenia, a następnie jej zniszczenie⁵.

Z realnym zbiegiem przestępstw mamy do czynienia, gdy wypełnione zostaną przesłanki z art. 85 k.k. – przesłanki do wymierzenia kary łącznej. Zgodnie z omawianym przepisem, z realnym zbiegiem przestępstw mamy do czynienia, jeżeli „sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw”. Zbieg taki występuje, gdy sprawca dopuszcza się np. kradzieży z włamaniem, a następnie po dwóch tygodniach przestępstwa rozboju. Po dokonaniu drugiego z tych przestępstw zostaje wszczęte postępowanie karne, w którego wyniku sprawca zostaje skazany za kradzież z włamaniem. Przy określaniu realnego zbiegu przestępstw należy jednak pamiętać o jego szczególnym przypadku, jakim jest ciąg przestępstw uregulowany w art. 91 k.k. Do ciągu przestępstw dochodzi wtedy, gdy „sprawca popełnia w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu, dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z tych przestępstw”. Dodatkowym wymogiem do zaistnienia ciągu przestępstw jest fakt, że każdy z czynów sprawcy wyczerpywał znamiona tego samego przepisu. W takim wypadku sprawca zostaje skazany za taki ciąg, będący ciągiem wielu przestępstw, poprzez wymierzenie jednej kary (a nie kary łącznej, tak jak w przypadku real-

⁴ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny, część ogólna, tom II*, Warszawa 2010, s. 591.

⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne, część ogólna*, Kraków 2012, s. 562.

nego zbiegu przestępstw z art. 85 k.k.) w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Należy pamiętać, że ciąg przestępstw różni się od przestępstwa ciągłego ustanowionego w art. 12 k.k. Art. 91 wywodzi się z koncepcji tzw. wieloczynowego przestępstwa ciągłego, uregulowanego obecnie jako szczególna postać realnego zbiegu przestępstw⁶. Art. 12 k.k. wywodzi się zaś z jednoczynowej koncepcji przestępstwa ciągłego, gdyż na mocy fikcji prawnej zakłada się, że wielość podobnych czynów sprawcy uważa się za jeden czyn a w konsekwencji za jedno przestępstwo⁷. W przypadku zaś art. 91 k.k., czynów i przestępstw jest wiele, zaś ich podobieństwo powoduje jedynie wymierzenie jednej, zaostrożonej kary.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, należy stwierdzić, że zbieg realny ma miejsce wtedy, gdy dwa lub więcej czynów sprawcy stanowi dwa lub więcej przestępstw i nie zachodzi jednocześnie podstawa do przyjęcia pomijalnego (niewłaściwego) zbiegu przestępstw⁸. Taki realny zbieg przestępstw może występować w postaci opisanej w art. 85 k.k., nazwijmy ją podstawową, bądź w postaci szczególnej – ciągu przestępstw.

3. Kara łączna

Za przestępstwa pozostające w realnym zbiegu (niemogące być jednak kwalifikowane jako ciąg przestępstw) możliwe staje się wymierzenie kary łącznej. Sama kara łączna może być wymierzona w wyroku kończącym postępowanie karne, w którym sprawca został pociągnięty do odpowiedzialności karnej za kilka przestępstw pozostających w zbiegu, bądź w wyroku łącznym. Wyrok taki wydaje się w sytuacji, gdy sprawca został skazany za kilka przestępstw w kilku postępowaniach, a przestępstwa te pozostają w zbiegu. Wyrok łączny wydawany jest w obecnym systemie polskiego prawa karnego bądź z urzędu, bądź na wniosek skazanego albo prokuratora. Sąd wymierzając karę łączną, kieruje się regułami jej wymierzenia zawartymi w przepisach rozdz. IX k.k. Kara łączna wymierzana jest wg tzw. systemu mieszanego, zawierającego w sobie różne zasady łączenia kar – zasadę asperacji, absorbcji oraz kumulacji.

Pierwsza z nich znajduje zastosowanie, kiedy łączymy kary wymierne – grzywna, ograniczenie wolności bądź pozbawienie wolności. Jej wymiar polega na określeniu granic. Minimalną granicę kary łącznej stanowi najwyższa

⁶ A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 1152.

⁷ *Ibidem*, s. 192.

⁸ M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012.

z kar jednostkowych, zaś maksymalną – suma kar jednostkowych. W przypadku, gdy mamy do czynienia z sumą kar przekraczającą 25 lat pozbawienia wolności, a chociażby jedna z kar jednostkowych wynosi co najmniej 10 lat, możliwe staje się wymierzenie kary 25 lat.

Zasada absorpcji występuje w sytuacji, gdy została orzeczona kara 25 lat pozbawienia wolności bądź dożywotniego pozbawienia wolności. W takim wypadku, łącząc kary pozbawienia wolności, kara 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności pochłania kary mniej surowe.

Z zasadą kumulacji mamy do czynienia w bardzo ograniczonym zakresie – tj. występuje ona przy określaniu maksymalnej granicy kary łącznej w systemie asperacji – w przypadku, gdy sprawca po wymierzeniu kary łącznej otrzymuje wyrok ustalony na górnej granicy określonej poprzez dodanie do siebie kar jednostkowych. Wtedy efekt wymierzenia kary na zasadzie asperacji jest identyczny jak poprzez zastosowanie zasady kumulacji. Poza tym, możliwe jest, w przypadku wymiaru kary łącznej na podstawie dwóch jednostkowych kar 25 lat pozbawienia wolności, wymierzenie kary łącznej w postaci dożywotniego pozbawienia wolności. Nie jest to jednak klasyczne zastosowanie zasady kumulacji, gdyż sprawca musiałby wtedy otrzymać wyrok 50 lat pozbawienia wolności, co byłoby jednak *contra legem*, albowiem istniejące przepisy nie przewidują takiej kary.

Istnieją jeszcze szczególne regulacje dotyczące łączenia kar pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania z bezwzględnymi karami, środków karnych oraz grzywien, lecz ze względu na skrótowy charakter niniejszej pracy zostaną tu pominięte, tak aby można się skupić na *meritum* zagadnienia kary łącznej.

4. *Ratio legis* kary łącznej

Kara łączną funkcjonuje w polskim systemie prawa karnego, jak zostało wspomniane na początku niniejszego artykułu, od 1932 roku. Od tej pory zagadnienie łączenia kar wywołało sporą dyskusję, w wyniku której powstało wiele teorii co do *ratio legis* tej instytucji. W praktyce, po wielkiej dyskusji, która odbyła się w doktrynie pomiędzy W. Wolterem a Z. Krauze, powstały trzy główne teorie tłumaczące sens kary łącznej.

Pierwsza z omawianych teorii – autorstwa Woltera – tłumaczyła możliwość złagodzenia odpowiedzialności karnej sprawcy poprzez wymiar kary łącznej zaistnieniem stanu jego faktycznej bezkarności osłabiającej wolę poszanowania porządku prawnego. Sprawca bowiem popełnia przestępstwo, za które nie

ponosi odpowiedzialności. W wyniku braku ukarania sprawcy obniża się jego poczucie obowiązku poszanowania porządku prawnego i łatwiej przychodzi mu naruszenie go ponownie. Dopiero po popełnieniu kilku przestępstw sprawca zostaje ukarany za jedno z nich. W tym momencie, poprzez ukaranie, zostaje on ostrzeżony o potrzebie szacunku dla dóbr chronionych przez prawo. Sąd Najwyższy częściowo aprobował tę teorię wydając, na gruncie k.k. z 1969 roku, postanowienie z 18.03.1981 roku: „Instytucja wyroku łącznego nie jest pomyślana jako premia dla przestępcy popełniającego większą liczbę przestępstw, lecz opiera się na założeniu, że samo wydanie wyroku powinno być ostrzeżeniem dla skazanego przed popełnieniem nowego przestępstwa; gdyby istniała perspektywa łączenia z karą wymierzoną, pierwszym chronologicznie wyrokiem, kar za czyny popełnione po tym wyroku, sens omawianej instytucji zostałby podważony”⁹. Poważną wadą tej teorii jest brak odpowiedzi na pytanie, jak często trzeba sprawcę ostrzegać? Ile razy ktoś może być nieświadom naruszania porządku prawnego, w wyniku faktycznej bezkarności? Taka sytuacja za pierwszym razem budzi zrozumienie, tzn. sprawca „pogrążał się” w faktycznej bezkarności naruszając kilkukrotnie porządek prawny, w wyniku czego wypada zmniejszyć jego karę, ponieważ aparat państwa nie zareagował odpowiednio sprawnie na naruszenie porządku prawnego. W przypadku, kiedy sprawca, po skazaniu za popełnione przestępstwa, został ostrzeżony, a w wyniku orzeczenia kary łącznej jego odpowiedzialność została zmniejszona, po raz kolejny narusza wielokrotnie porządek prawny. Wątpliwe wydaje się zatem ponowne zmniejszanie jego odpowiedzialności karnej. Zasadne byłoby zastosowanie instytucji kary łącznej jedynie wobec pierwszego realnego zbiegu przestępstw popełnionych przez „nieostrzeżonego” jeszcze sprawcę¹⁰. Takie założenie jednak nie znajduje i nie znajdowało podstaw w przepisach polskiego k.k.

Drugi pogląd oparty jest w pewnej mierze na przytoczonej wyżej teorii „ostrzeżenia”. Założeniem jest, że sprawca wielokrotnie naruszający porządek prawny, z popełnieniem każdego kolejnego przestępstwa osłabia w coraz większym stopniu swoje hamulce moralne. Oznacza to, że przy każdym kolejnym czynie wina sprawcy ulega zmniejszeniu, przełamanie wewnętrznego oporu sprawcy przed naruszeniem porządku prawnego stanowi, za każdym kolejnym razem, mniejszy problem. W konsekwencji wymierzenie kary łącznej stanowi możliwość dostosowania jego odpowiedzialności karnej do całokształtu jego działalności przestępczej. Jak zauważa W. Grzyb, taki pogląd na instytucję kary

⁹ VI KZP 5/81, OSNPG 1981, Nr 5, poz. 43.

¹⁰ M. Szewczyk, *Kara łączna w polskim prawie karnym*, Kraków 1981, s. 33

łącznej jest błędny, gdyż z czasem zakłada spadek stopnia winy do poziomu zerowego¹¹.

Trzeci pogląd, prezentowany przez niektórych autorów, traktuje instytucję kary łącznej jako możliwość holistycznej oceny działalności sprawcy, jego „zsumowanej” winy, która staje się widoczna dopiero po całościowym oglądzie jego stosunku do porządku prawnego. Może się bowiem okazać, że patrząc na całość działalności przestępczej sprawcy, można zauważyć prawidłowość uzasadniającą wymierzenie niższej kary łącznej. W sytuacji jednak, gdy taka okoliczność nie zostanie dostrzeżona, zawsze istnieje możliwość wymierzenia kary łącznej na wysokości górnej granicy jej wymiaru – tzn. sytuacja sprawcy po jej orzeczeniu nie będzie lepsza.

5. Nowelizacja rozdziału IX Kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r.

Na skutek nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 20 lutego 2015 roku, kształt wielu instytucji k.k. zostaje zmieniony z dniem 1 lipca 2015. Pośród zmienionych nowelą regulacji, znajdują się między innymi przepisy dotyczące kary łącznej, zawarte w rozdziale IX k.k.

Najważniejsza ze zmian to zmiana art. 85 określającego sytuację, w której możliwe staje się orzeczenie kary łącznej. W dalszym ciągu kara łączna może zostać wymieniona w przypadku zaistnienia zbiegu przestępstw o charakterze realnym (nie pozornym, nie pomijalnym). Odchodzi się jednak od wymogu popełnienia ich przed chronologicznie pierwszym, chociażby nieprawomocnym wyrokiem sądu co do któregośkolwiek z tych przestępstw. Oznacza to więc korektę istniejącego na gruncie obecnej ustawy definiowania realnego zbiegu przestępstw.

Dodatkowo rezygnuje się również z rozłączania kar łącznych w celu ich „zaktualizowania” o kolejne pozostające w realnym zbiegu przestępstwo bądź przestępstwa. Po nowelizacji do istniejącej już kary łącznej dołącza się nową karę bądź karę łączną. Taki system może tworzyć pewne trudności w przypadku, kiedy dojdzie do wymierzenia złożonej z wielu kar łącznych i kar jednostkowych kary łącznej w sytuacji, gdy jedna z pierwszych połączonych kar zostanie uchylona i przekazana do ponownego rozpoznania na skutek uwzględnionej kasacji. Ponadto, w nowym systemie wymiaru kary łącznej możliwe staje się połączenie kar jedynie już wymierzonych i podlegających wykonaniu

¹¹ W. Grzyb, *Realny zbieg...*, s. 110.

(kara w zawieszeniu jest karą „podlegającą wykonaniu” dopiero po jej odwie-szeniu). Oznacza to zerwanie z obecnie obowiązującą regulacją, wedle której możliwe było uwzględnienie w wyroku łącznym kar już odbytych. Jedynym wyjątkiem pozostaje wyjątek określony w art. 85 § 3 (w nowym brzmieniu). Zgodnie z tym przepisem nie można połączyć z karą, bądź karą łączną, kary za przestępstwo popełnione podczas odbywania kary bądź kary łącznej, z którą chce się połączyć tę karę.

W kontekście wspomnianego nierozłączania kar łącznych w celu wydania nowego wyroku łącznego należy zauważyć, że wprowadzając ten model, usta-wodawca zapomniał zmienić przepisów k.p.k. odnoszących się do wydawania wyroku łącznego. Szczególnie istotny jest tu art. 575 k.p.k. stanowiący, że z chwilą wydania nowego wyroku łącznego, poprzedni traci moc. Regulacja jest oczywista i *prima facie* nie budzi wątpliwości. Należy się jednak zastano-wić nad konsekwencją istnienia tej normy oraz normy pozwalającej łączyć karę jednostkową z karą łączną. W sytuacji bowiem, w której mamy jedną karę jed-nostkową (np. 3 lata pozbawienia wolności) oraz karę łączną, (którą połączone są trzy wyroki, powiedzmy 5, 4, 2 lata pozbawienia wolności i wynosi ona 8 lat), to wedle znowelizowanych przepisów karę łączną wymierzamy na podsta-wie kary jednostkowej i kary łącznej, co daje nam wymiar kary łącznej od 8 do 13 lat. Po jej wymierzeniu i wydaniu wyroku łącznego określającego nową karę, wyrok łączny określający karę łączną 8 lat pozbawienia wolności, stano-wiący podstawę nowego wyroku łącznego, utracił moc. Jednak nowa kara łączna istnieje i wynosi 12 lat. Teraz dodajmy do tego kasację, na której skutek wyrok, w którym orzeczono karę 3 lat pozbawienia wolności (stanowiącą jedną z podstaw istniejącego wyroku łącznego i kary łącznej w nim orzeczonej), zo-staje uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania. W tej sytuacji z wcześniejszej kary jednostkowej 3 lat pozbawienia wolności oraz kary łącznej 8 lat pozbawienia wolności mamy uchyloną karę 3 lat pozbawienia wolności oraz 3 pojedyncze wyroki w wysokości 5, 4, 2 lata pozbawienia wolności (gdyż na mocy art. 575 k.p.k. poprzedni wyrok łączny stracił moc).

Przy tego rodzaju regulacji dochodzimy do sytuacji, że ponowne połączenie kar 5, 4, 2 lata może być mniej korzystne dla skazanego. Oczywiście nie istnieje przepis obligujący sąd do wymierzenia kary łącznej tej samej lub niższej niż była poprzednio, lecz cała misterna konstrukcja ustawodawcy, zmierzająca do odciążenia zakładów karnych oraz skrócenia długości odbywanych kar niewol-nościowych, doznaje tu uszczerbku.

Ustawodawca wprowadza także art. 85a k.k., nakazujący sądowi, przy wymierzaniu kary łącznej, kierować się przede wszystkim celami zapobiegawczymi i wychowawczymi, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego. Sąd musi uwzględnić także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Przepis ten zostaje zapewne wprowadzony z powodu dyskusji, która miała miejsce w doktrynie i orzecznictwie, dotyczącej dyrektyw wymiaru kary łącznej (czy stosuje się wyłącznie art. 53 czy 53 oraz szczególnie normy niewyrażone wprost?). Użycie we wprowadzonym art. 85a zwrotu „przede wszystkim” pozwala sądzić, że art. 85a ma charakter *lex specialis* do art. 53 k.k. Pozostaje pytanie, czy dalej stosujemy jednak inne, szczególne dyrektywy wymiaru kary łącznej, zawarte w art. 53 i następnych? Chodzi tu na przykład o sposób zachowania się sprawcy po popełnieniu przestępstwa etc.

Ciekawą, acz nie do końca słuszną zmianą jest także podwyższenie granicy łączenia kar na zasadzie asperacji do lat 20 (wcześniej było do lat 15). Oznacza to, że osoba, która odbywa karę łączną orzeczoną w wymiarze lat 15, może – po połączeniu kary łącznej 15 lat pozbawienia wolności z karą (np. 5 lat) za kolejne przestępstwo – odbywać wyrok 20 lat. Takie podwyższanie granicy wydaje się bezcelowe z co najmniej dwóch przyczyn. Po pierwsze nie wiadomo, dlaczego granica ta została ustalona na tym pułapie – dlaczego nie 30 albo 35 lat? Po drugie, wcześniej kara 15 lat pozbawienia wolności mogła być wymierzona jako jedna z kar istniejących w art. 32 k.k. – kara pozbawienia wolności. Kara łączna w wysokości 20 lat pozbawienia wolności, mimo nowelizacji, nie istnieje w zamkniętym katalogu kar pozbawienia wolności, co może budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Uzasadnień tej zmiany próżno szukać w uzasadnieniu do projektu zmiany k.k., co wydaje się niezrozumiałe biorąc pod uwagę fakt, iż jednym z głównych celów nowelizacji pozostaje zmniejszenie obciążenia zakładów karnych i zmiana struktury surowości kar na bardziej wolnościową.

6. Podsumowanie

W obecnym systemie prawnym kara łączna wymierzana jest za przestępstwa pozostające w realnym zbiegu, przed pierwszym chronologicznie wyrokiem, chociażby nieprawomocnym, co do któregośkolwiek z tych przestępstw. Kara taka orzekana jest, co do zasady, w granicach od najwyższej z kar jednostkowych do ich sumy – tj. maksymalnie 15 lat, chyba że suma kar wynosi 25 lat lub więcej, a chociaż jedna z kar wynosi co najmniej 10 lat. W przypadku, kiedy mamy do czynienia z karą 25 lat pozbawienia wolności lub dożywocia,

kary te absorbują łagodniejsze kary jednostkowe. Wyjątkowo w sytuacji, gdy mamy do czynienia z połączeniem dwóch kar 25 lat pozbawienia wolności, sąd może orzec karę łączną w wymiarze dożywotniego pozbawienia wolności. Poza tymi regułami łączenia kar istnieje kilka szczegółowych regulacji odnoszących się do łączenia kar grzywnien, pozbawienia wolności, ograniczenia wolności z warunkowym zawieszeniem jego wykonania, środków karnych.

W nowym systemie rezygnuje się z konstrukcji rozłączania wyroków łącznych w celu ich „aktualizacji”, zastępując to możliwością łączenia już połączonych kar z kolejnymi karami jednostkowymi lub karami łącznymi. Od tej zasady istnieje jednak wyjątek z art. 85 § 3 k.k. (w nowym brzmieniu).

Po nowelizacji ulegnie zmianie sytuacja, w której możliwe jest wymierzenie kary łącznej. Odchodzi się od wymogu zakończenia realnego zbiegu przestępstw pierwszym, chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z przestępstw pozostających w zbiegu, aby możliwe było wymierzenie zań kary łącznej. Podwyższeniu ulega też granica, w której wymierza się karę łączną na zasadzie asperacji – z 15 lat kary pozbawienia wolności do lat 20.

Ponadto, niektóre przepisy wprowadzone przez nowelizację, poprzez swą zawilść stanowią łamigłówkę logiczną. Taka sytuacja wydaje się sprzeczna z postulatami zrozumiałości i jasności prawa, leżącymi u podstaw idei jego powszechnej znajomości. Oczywiście nie jest to wada dyskwalifikująca przepisy wprowadzane przez nowelizację, ale zasadnym wydawałoby się uproszczenie brzmienia przepisów, chociażby ze względu na poprawność techniki legislacyjnej oraz fakt, że demokratyczne państwo prawne powinno umożliwiać swoim obywatelom zrozumienie prawa.

Cumulative chastisement before and after amendment

One of the most important institution, from the point of view of criminal law practice, is the cumulative chastisement. This Idea stems from the post-revolutionary France, where revolutionaries wanted to stop the severe penalties applied by Absolut King. On the basis of rules governing this institution it is possible to combine several penalties imposed upon one offender in one – so as not to have to take a number of penalties one after another. Cumulative chastisement, as a rule, is meted out within the limits of the severest of penalties unit to their totals. The use of this institution is dependent on the occurrence confluence of crime, which is understood by committing two or more offenses before

final judgment, even an invalid for any of them. After the amendment the definition of a real confluence of crime changes. The legislator also remodels some specific rules. The amendment, taking into account the changes introduced by it, redefines this very important institution.

Kamil Mamak*
Dominik Zajęc**

Dozór elektroniczny w świetle nowelizacji prawa karnego

Dozór elektroniczny funkcjonuje w polskim systemie prawnym od 2007 roku, nowelizacją prawa karnego z 2015 roku zmieniono jednak całkowicie jego przeznaczenie. Obecnie wykorzystywany jest przy wykonywaniu kary ograniczenia wolności oraz przy środkach karnych i środkach zabezpieczających – wcześniej stanowił głównie sposób wykonywania krótkoterminowych kar pozbawienia wolności. Przepisy o dozorze elektronicznym stały się częścią k.k.w. i wprowadziły podział na trzy rodzaje dozoru: stacjonarny, zbliżeniowy oraz mobilny. W artykule omawiane są poszczególne rodzaje dozoru, wraz ze wskazaniem problemów, które mogą się pojawić w toku funkcjonowania nowych przepisów.

1. Wprowadzenie

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku¹, nowelizująca między innymi Kodeks karny wykonawczy, wprowadza istotne modyfikacje w zakresie stosowania instytucji dozoru elektronicznego (dalej – DE). Wykorzystywana dotychczas

* Doktorant w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

** Doktorant w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Ustawa z dn. 20 II 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 396, zwana dalej nowelą. Kompleksowa analiza regulacji dozoru mobilnego zawarta została w opracowaniu K. Mamak, D. Zajęc, *Dozór elektroniczny*, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, tezy 8.1-8.236, s. 213-280.

przede wszystkim jako metoda wykonywania kary pozbawienia wolności², teraz znajdzie zastosowania w przypadku orzekania kary ograniczenia wolności oraz niektórych środków karnych i zabezpieczających³. Przepisy regulujące kwestie związane z DE zostaną włączone do k.k.w., stając się jego integralną częścią.

Biorąc pod uwagę szeroki zakres stosowania komentowanej instytucji, należy podkreślić, że przyjęte rozwiązania stanowią potwierdzenie skuteczności DE jako sposobu monitorowania zachowania skazanego w trakcie wykonywania kary. Żeby w należyty sposób zaprezentować skalę zmian, które dokonały się w tej materii w trakcie ostatniej dekady, wystarczy wskazać, że w początkowym okresie funkcjonowania podchodzono do tej instytucji z rezerwą, zaś ustawa o SDE miała charakter epizodyczny⁴. W ten sposób niejako zastrzeżono możliwość wycofania przyjętych rozwiązań, w razie gdyby w czasie obowiązywania ustawy okazało się, że nie spełniają stawianych przed nimi oczekiwań. Dopiero wskutek stosowanych zmian legislacyjnych, na mocy ustawy nowelizującej z 2013 r., ustawa o dozorze elektronicznym uzyskała charakter trwały⁵.

Dzięki noweli z dnia 20 lutego 2015 r. DE przestaje być metodą wykonywania kary pozbawienia wolności, a uzyskuje status uniwersalnego środka, wy-

² Zagadnienie regulowała dotychczas odrębny akt prawny: Ustawa z dn. 7 IX 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, Dz.U. 2010, Nr 142, poz. 960 tekst jedn. ze zm., zwana dalej ustawą o SDE. Należy podkreślić, że na mocy ustawy z dn. 31 VIII 2011 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw dozór elektroniczny mógł być także w ograniczonym zakresie wykorzystywany do kontroli przestrzegania zakazu uczestnictwa w imprezach masowych. Kwestia funkcjonowania dozoru na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy była przedmiotem analiz przedstawicieli doktryny. Por. w szczególności: A. Kiełtyka, A. Ważny, *Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Komentarz*, Warszawa 2011; W. Kotowski, B. Kurzępa, *Dozór elektroniczny. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2009; M. Rusinek, *Ustawa o dozorze elektronicznym. Komentarz*, Warszawa 2010; S. Lelentał, *Orzekanie o zezwoleniu na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, w: A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011.

³ Okoliczności, w których zastosowanie znajdzie dozór elektroniczny, określają art. 34 § 1a pkt 2 k.k., art. 41a § 1 i 2 k.k., art. 41b § 3 k.k. oraz 93a § 1 pkt 1 k.k., w brzmieniu, jakie nadaje im nowela.

⁴ Art. 89 ustawy o SDE w pierwotnym brzmieniu zawierał ustęp 2 o następującej treści: „Ustawa obowiązuje do dnia 30 czerwca 2013 r.”, por. M. Rusinek, *Ustawa...*, s. 13-14. Autor wskazuje na kontrowersję, jakie wiązały się z przyjęciem takiego rozwiązania.

⁵ Przepis stanowiący o epizodyczności ustawy o SDE został usunięty na mocy postanowień ustawy z dnia 12 lipca 2013 r. o zmianie ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (Dz.U. z dnia 12 sierpnia 2013 r.).

korzystywanego zarówno jako element zwiększający dolegliwość kary ograniczenia wolności (dozór stacjonarny), jak i sposób kontroli prawidłowości wykonywania określonych środków karnych bądź zabezpieczających (dozór zbliżeniowy oraz mobilny). W zależności od roli, jaką spełniać ma określony typ DE, z jego orzeczeniem łączyć będzie się odmienny stopień dolegliwości dla sprawcy, wynikający z nałożonych na niego obowiązków.

Niniejsza praca stanowi analizę przesłanek i sposobu stosowania określonych wyżej typów dozoru elektronicznego, z perspektywy celów, jakie mają realizować. Jednocześnie, w toku wywodu pominięto wszelkie te aspekty, które były już przedmiotem rozważań prowadzonych na gruncie ustawy o SDE, a które nie uległy zmianie wskutek wprowadzenia noweli. Mowa tu w szczególności o kwestiach dotyczących możliwości technicznych stosowania dozoru, związanych z zasięgiem sieci GSM oraz zagadnieniem zgody osób zamieszkujących wspólnie z dozorowanym⁶.

2. Typy dozoru przewidziane w rozdziale VII a k.k.w.

Zgodnie z treścią art. 43b § 3 k.k.w. ustawodawca wprowadził trzy rodzaje dozoru elektronicznego: dozór stacjonarny, dozór zbliżeniowy i dozór mobilny. Każdy z rodzajów DE spełniać ma nieco inne funkcje i stosowany jest na podstawie odmiennych przesłanek, które mogą jednak występować jednocześnie. Ustawa nie przewiduje żadnych ograniczeń w ich równoległym stosowaniu, co rodzić może istotne komplikacje natury praktycznej. Szersze rozważania w tym zakresie zostaną zaprezentowane w dalszej części pracy. Jako, że prezentowane tu rozważania dotyczą przede wszystkim wykonawczych aspektów DE, to właśnie podział zaproponowany w k.k.w. ma decydujący wpływ na konstrukcję pracy. Oznacza to, że kwestie przesłanek orzekania poszczególnych kar, środków karnych oraz środków zabezpieczających będą przedmiotem analiz tylko w takim zakresie, w jakim jest to konieczne dla klarownego przedstawienia

⁶ W zakresie funkcjonowania dozoru elektronicznego na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy por. M. Rusinek, *Ustawa o dozorcze elektronicznym. Komentarz*, Warszawa 2010; A. Kiełtyka, A. Ważny, *Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Komentarz*, Warszawa 2011; W. Kotowski, B. Kurzępa, *Dozór elektroniczny. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2009; M. Rusinek, *Krytycznie o przyjętym kształcie dozoru elektronicznego*, PWP 2008, nr 60; K. Mamak, *Funkcjonowanie dozoru elektronicznego w świetle badań aktowych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2014, nr 2, s. 139-178.

funkcjonowania DE na etapie ich wykonywania oraz dokonania oceny przyjętych rozwiązań z perspektywy możliwości realizacji celów, zakładanych przez ustawodawcę.

2.1. Dozór stacjonarny

Dozór stacjonarny wykorzystywany jest jako metoda kontroli wykonywania kary ograniczenia wolności, orzeczonej w wariancie, o którym mowa w art. 34 § 1a k.k., polega na: „obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego”. Wymierzając karę, sąd określa czas, w którym skazany musi pozostawać w wyznaczonym miejscu; nie może być on dłuższy niż 70 godzin w stosunku tygodniowym ani 12 godzin w stosunku dziennym⁷. Następnie sąd wykonawczy wydaje postanowienie o rozpoczęciu dozoru, w którym określa szczegółowy harmonogram wykonywania kary, uwzględniający tryb pracy skazanego, jego sytuację rodzinną oraz inne istotne okoliczności, wpływające na rozkład jego zajęć w ciągu dnia. W ten sposób osoba ukarana ma możliwość wykonywania wszelkich obowiązków wynikających z pełnionych przez niego ról społecznych, a jednocześnie zobligowana jest do pozostawania na miejscu stałego pobytu w przedziałach czasu określonych przez sąd.

Ustawodawca poszerzył tym samym katalog obowiązków, związanych z orzeczeniem kary ograniczenia wolności, przyczyniając się do istotnego zwiększenia jej dolegliwości. Ukarana osoba nie jest już zobligowana jedynie do świadczenia nieodpłatnej pracy czy wykonywania innych nakazów o charakterze doraźnym. Jej wolność doznaje istotnej limitacji, zaś stopień dolegliwości kary jest zbliżony do kary pozbawienia wolności, wykonywanej z zastosowaniem DE.

Przyjęte rozwiązanie koresponduje z założeniami reformy polityki karnej, które przyświecały twórcom noweli. Głównym jej założeniem było stworzenie mechanizmów pozwalających zredukować liczbę wymierzanych kar pozbawienia wolności na rzecz kar wolnościowych. Jak wynika z danych statystycznych⁸, dotychczasowa praktyka sądów sprowadzała się do traktowania kary pozbawienia wolności w zawieszeniu jako kary łagodniejszego rodzaju, co z kolei

⁷ Art. 35 § 3 k.k., w brzmieniu określonym nowelą: „Sąd określa czas wykonywania obowiązku, o którym mowa w art. 34 § 1a pkt 2, uwzględniając warunki pracy skazanego oraz wymiar innych nałożonych obowiązków, przy czym nie może być on dłuższy niż 12 miesięcy oraz dłuższy niż 70 godzin w stosunku tygodniowym i 12 godzin w stosunku dziennym”.

⁸ W uzasadnieniu projektu noweli stwierdzono: „w orzecznictwie sądów karnych nadużywana

prowadziło do orzekania jej we wszystkich tych sytuacjach, gdy bezwzględna kara pozbawienia wolności okazywała się zbyt surowa. Nadmierna ilość skazań na karę pozbawienia wolności w zawieszeniu, która następnie była częstokroć odwieszana z powodu popełnienia kolejnych podobnych przestępstw, doprowadziła do przeciążenia systemu penitencjarnego. Kara w zawieszeniu traktowana była nie jako środek probacyjny, ale jako mniej dolegliwa metoda represji. Jednocześnie, kara ograniczenia wolności w dotychczasowej formie uważana była za zbyt łagodną, niemożliwą w praktyce do efektywnego wykonania. Z tego powodu nie traktowano jej jako realnej alternatywy dla pozbawienia wolności w zawieszeniu. Wskutek wprowadzenia dodatkowej dolegliwości, związanej z obowiązkiem przestrzegania harmonogramu oraz zastosowania weryfikacji w postaci DE, którego efektywność została już potwierdzona w praktyce, powyższe podejście powinno ulec zmianie. Celem ustawodawcy było zatem wprowadzenie swoistego rodzaju zamiennika dla pozbawienia wolności w zawieszeniu, który byłby akceptowalną formą represji karnej – zarówno z perspektywy sądów, jak i społeczeństwa⁹.

Powyższy wariant kary ograniczenia wolności łączy się ze stosowaniem dozoru stacjonarnego. Realizacja obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu, nałożonego na podstawie art. 34 k.k. w każdym wypadku musi wiązać się z monitorowaniem poczynąń skazanego w tym czasie, gdy jest on zobligowany do przebywania w miejscu wskazanym przez sąd. Jest to możliwe dzięki zastosowaniu dwóch urządzeń technicznych, których działanie monitorowane jest w sposób zdalny, za pośrednictwem sieci GSM. Pierwszym z nich jest rejestrator stacjonarny w postaci niewielkiej skrzynki, montowanej w miejscu określonym orzeczeniem sądu. Drugi to nadajnik w postaci opaski zakładanej na kostkę bądź nadgarstek skazanego. Podmiot odpowiedzialny za techniczne aspekty funkcjonowania dozoru kalibruje zasięg rejestratora w ten sposób, by

jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – stanowi ona bowiem ponad 60% konkluzji procesowych. Najczęściej jest ona orzekana w postaci czystej probacji, czyli wyłącznie zagrożenia, że w przypadku kolejnego naruszenia porządku prawnego (oczywiście w zależności od stopnia tego naruszenia) nastąpi zarządzenie wykonania kary pozbawienia wolności” – Druk nr 2393 cz. 1, Warszawa, 15 maja 2014 r., s. 2, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/39FD209B7AC6C45AC1257CDE0042D631/%24File/2393%20cz%201.pdf>, dostęp: 28.05.2015.

¹¹ Na takie podejście wskazują wprost projektodawcy: „w projekcie proponowana jest zasadnicza rozbudowa i zwiększenie stopnia dolegliwości kary ograniczenia wolności”, druk nr 2393 cz. 1, Warszawa, 15 maja 2014 r., s. 7, 9-10, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/39FD209B7AC6C45AC1257CDE0042D631/%24File/2393%20cz%201.pdf>, dostęp: 28.05.2015.

odnotowywał wszelkie przypadki zbliżenia doń nadajnika na odległość określoną przez sąd. Posługując się przykładem: w przypadku, gdy zgodnie z postanowieniem sądu skazany ma przebywać w swoim 40-metrowym mieszkaniu codziennie od godziny 15.30 do 23.00, to rejestrator winien zostać skonfigurowany w ten sposób, by w tym okresie rejestrował przekroczenie progu domu przez skazanego wyposażonego w nadajnik. W sytuacji, gdy w godzinach przewidzianych w harmonogramie skazany nie będzie przebywał w zasięgu rejestratora, urządzenie przekaze za pośrednictwem sieci GSM stosowne informacje do podmiotów odpowiedzialnych za wykonywanie dozoru, które podejmą czynności nakierowane na ustalenie miejsca pobytu skazanego oraz przyczyn naruszenia przez niego warunków dozoru. Należy pokreślić, że w ramach dozoru stacjonarnego nie jest możliwe bieżące śledzenie poczynąń skazanego, ale jedynie zweryfikowanie, czy znajduje się on w zasięgu nadajnika.

Opisany tu sposób wykonywania kary ograniczenia wolności jest pod wieloma względami zbliżony do kary pozbawienia wolności w systemie SDE na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy¹⁰. W obu modelach sprawca był dozorowany za pomocą urządzeń technicznych, oba opierały się także na obowiązku pozostawania w określonym miejscu we wskazanych przedziałach czasowych.

Mając jednak na względzie charakter kary ograniczenia wolności, należy podkreślić, że – w przeciwieństwie do rozwiązań obowiązujących na gruncie ustawy o SDE – skazany co do zasady pozostaje na wolności, a co za tym idzie, poza okresami wyraźnie wskazanymi w harmonogramie, nie może podlegać kontroli z wykorzystaniem urządzeń technicznych. Z tego względu obie instytucje różnią się między sobą w sposób zasadniczy. W przypadku wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie SDE obowiązywało domniemanie pozbawienia wolności. Skazany mógł oddalić się z miejsca wykonywania dozoru jedynie w przypadkach wyraźnie opisanych w ustawie, a doprecyzowanych postanowieniem sądu (np. skazany mógł na przykład uczestniczyć w praktykach religijnych w każdą niedzielę pomiędzy 9.00 a 11.00)¹¹. Ustawa wprost określała katalog przesłanek uzasadniających udzielenie zezwolenia na opuszczenie miejsca wykonywania dozoru¹². Zupełnie inaczej pozycja skazanego kształtuje

¹⁰ Świadczy o tym przede wszystkim sposób wykonywania dozoru, w szczególności zaś katalog obowiązków skazanego, który w przypadku SDE określa art. 8 te samej ustawy. Jest on w istotnej mierze zbliżony z treścią art. 43n k.k.w., wprowadzonego nowelą.

¹¹ M. Rusinek, *Ustawa...*, s. 75-82.

¹² Zgodnie z art. 10 ustawy o SDE: „1. Obowiązek określony w art. 8 ust. 1 pkt 1 obejmuje pozostawanie skazanego w miejscu stałego pobytu lub w innym wskazanym miejscu w wyznaczonym czasie; jednocześnie sąd penitencjarny określa przedziały czasu w ciągu

się na gruncie nowych przepisów. Zachodzi tutaj domniemanie, że dozorowany jest osobą wolną, zaś jego wolność jest ograniczana wyłącznie w takim zakresie, jaki wynika z harmonogramu dozoru (np. skazany musi przebywać w mieszkaniu codziennie od 15.30 do 23.00). Pierwszy z przypadków można opisać frazą: „co nie jest dozwolone, jest zakazane”, drugiemu odpowiada fraza: „co nie jest zakazane, jest dozwolone”. Nie zmienia to faktu, że w porównaniu z dotychczasowymi przepisami regulującymi kwestię orzekania i wykonywania kary ograniczenia wolności, wariant przewidziany w nowelizacji cechuje się istotnym stopniem dolegliwości, który w oczywisty sposób przewyższa dolegliwość, jaka wiązała się z orzeczeniem kary pozbawienia wolności w zawieszeniu.

W tym miejscu ukazuje się rażąca niespójność przyjętych regulacji, jeśli oceniać je z perspektywy celów, jakie spełniać ma dozór stacjonarny w procesie wykonywania kary ograniczenia wolności. Zarówno przepisy szczegółowe dotyczące obowiązków podmiotów odpowiedzialnych za wykonywanie dozoru, jak i regulacje zawarte w aktach wykonawczych nie wprowadzają *expressis verbis* żadnych ograniczeń w stosowaniu DE, tak w aspekcie czasowym, jak przestrzennym. Rodzi to istotne wątpliwości nie tylko z perspektywy proporcjonalności wprowadzonych rozwiązań o charakterze technicznym, ale także z punktu widzenia praw konstytucyjnych, w tym przede wszystkim – prawa do prywatności.

Zgodnie z treścią art. 43t § 2 pkt 3 k.k.w. rejestracji podlega: „każde zdarzenie polegające na przerwaniu lub nawiązaniu łączności między środkami technicznym”. Jednocześnie, jak wynika z projektu rozporządzenia¹³, które regulować ma kwestie wymogów technicznych, rejestrator winien identyfikować

doby i w poszczególnych dniach tygodnia, w których skazany ma prawo się oddalić z miejsca stałego pobytu lub innego wskazanego miejsca, na okres nieprzekraczający 12 godzin dziennie, w szczególności w celu: 1) świadczenia pracy; 2) wykonywania praktyk religijnych lub korzystania z usług religijnych; 3) sprawowania opieki nad osobą małoletnią, osobą niepełnosprawną lub chorą; 4) kształcenia i samokształcenia oraz wykonywania twórczości własnej; 5) korzystania z urządzeń lub zajęć kulturalno-oświatowych i sportowych; 6) komunikowania się z obrońcą, pełnomocnikiem oraz wybranym przez siebie przedstawicielem, o którym mowa w art. 42 Kodeksu karnego wykonawczego; 7) komunikowania się z podmiotami, o których mowa w art. 38 § 1 Kodeksu karnego wykonawczego; 8) utrzymywania więzi z rodziną lub innymi bliskimi osobami; 9) korzystania z opieki medycznej lub udziału w terapii; 10) dokonania niezbędnych zakupów”. Należy zwrócić uwagę, że o ile w przypadku ustawy o SDE maksymalny, 12-godzinny okres odnoszony był do czasu spędzonego poza miejscem dozoru, to obecnie określa on właśnie maksymalny czas dozoru.

¹³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie określenia szczegółowych warunków technicznych i wymagań funkcjonalnych, jakie powinny spełniać środki techniczne służące do wykonywania dozoru elektronicznego oraz sposobu funkcjonowania systemu

każdy nadajnik pozostający w jego zasięgu. Powyższe rozwiązanie stanowi kalkę regulacji obowiązującej na gruncie ustawy o SDE¹⁴ i zasługuje na krytykę jako sprzeczne z przedstawionymi wyżej założeniami.

Co do pierwszej ze wskazanych wątpliwości, ustawa powinna wyraźnie ograniczać możliwość odnotowywania połączeń wyłącznie do tych okresów, które zostały wymienione w harmonogramie. Tymczasem na gruncie obecnych przepisów istnieje hipotetyczna możliwość uzyskania informacji o fakcie pobytu skazanego w miejscu objętym zasięgiem rejestratora stacjonarnego nawet w sytuacji, gdy przebywa z nim poza okresem dozoru. Podmioty mające dostęp do informacji dotyczących wykonywania DE będą mogły uzyskać dane, które nie są istotne z perspektywy wykonywania kary. W ten sposób dochodzić może do bezprawnej inwigilacji skazanych. Powyższy dylemat można, co prawda, rozwiązać na poziomie interpretacyjnym, wskazując, że z istoty kary ograniczenia wolności wynika, iż rejestracja danych może mieć miejsce wyłącznie w zakresie objętym harmonogramem. Wydaje się jednak, że zasadnym byłoby wprowadzenie *expressis verbis* stosownych ograniczeń.

Jeśli chodzi o warunki techniczne urządzeń wykorzystywanych w trakcie dozoru, to zgodnie z treścią rozporządzenia rejestrator stacjonarny winien umożliwiać identyfikację każdego nadajnika pozostającego w jego zasięgu i przekazywać informacje dotyczące nawiązanego połączenia. Wydaje się, że taki opis wymogów technicznych rejestratora stanowi przekroczenie delegacji ustawowej, opisanej w art. 43 f § 2 k.k.w. Mając na względzie rolę, jaką pełnić ma rejestrator stacjonarny, a która sprowadza się do weryfikacji, czy osoba objęta dozorem przebywa w miejscu określonym przez sąd, należy wskazać, że nie istnieją żadne przesłanki przemawiające za wprowadzeniem wymogu jego

komunikacyjno-monitorującego, projekt z dn. 15 IV 2015 r., <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12271805>, dostęp: 30.04.2014.

¹⁴ Kwestię powyższą regulowało Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 27 lutego 2009 r. w sprawie szczegółowych warunków technicznych urządzeń wchodzących w skład środków technicznych w systemie dozoru elektronicznego, a także sposobu organizowania tych urządzeń w system oraz sposobu przekazywania danych wewnątrz tego systemu (Dz.U. z dnia 20 marca 2009 r.). Zgodnie z treścią § 5 pkt 3 przywołanego aktu stacjonarne urządzenie monitorujące (będące odpowiednikiem rejestratora stacjonarnego) powinno: „identyfikować każdy nadajnik pozostający w jego zasięgu monitorowania oraz rejestrować każdy przypadek, gdy manipulowano przy tym urządzeniu lub przy nadajniku pozostającym w jego zasięgu monitorowania, a także zapisywać wszelkie inne zdarzenia podlegające rejestracji; zapisy dotyczące zdarzeń podlegających rejestracji powinny być przechowywane w pamięci stacjonarnego urządzenia monitorującego przez co najmniej 72 godziny; czas stosowany przez stacjonarne urządzenie monitorujące powinien być zsynchronizowany z czasem stosowanym przez centralę monitorowania”. Przepis przewidziany w projekcie rozporządzenia, o którym mowa wyżej, cechuje się identycznym brzmieniem.

uniwersalności. Przyjęte rozwiązanie umożliwia pozyskiwanie wiedzy o faktach dotyczących osób dozorowanych, w szczególności zaś o terminach i miejscach wszystkich spotkań osób objętych DE, jeśli odbywają się one w zasięgu jakiegokolwiek rejestratora. Z tego względu zasadne wydaje się wprowadzenie zgola odmiennego uregulowania – każdy rejestrator powinien rejestrować wyłącznie sygnał pochodzący od jednego, indywidualnie przyporządkowanego doń, nadajnika. Takie rozwiązanie wykluczyłoby stosowanie dozoru stacjonarnego jako nieformalnej metody pozyskiwania informacji o spotkaniach osób nim objętych. Wobec powyższych zasadny wydaje się zarzut przekroczenia delegacji ustawowej w zakresie, w jakim akt wykonawczy umożliwia stosowanie szerszej kontroli zachowań obywateli, niż wynika to z przepisów ustawy. Stworzenie tak szerokiej możliwości kontroli zachowań dozorowanego było uzasadnione na gruncie SDE. W ten sposób możliwa była kontrola poczynąń skazanego w tych przedziałach czasowych, gdy przebywał poza miejscem stałego pobytu w celu realizowania określonych przez sąd aktywności. Przykładowo: uprawnione organy miały zatem prawo weryfikować, czy osoba dozorowana nie odbywa spotkań z innymi dozorowanymi zamiast uczestniczyć w zajęciach szkolnych. Obecnie możliwość taka została wyeliminowana ze względu na odwołanie domniemania, o czym była mowa wyżej. Skazany objęty dozorem stacjonarnym, poza godzinami wyznaczonymi w harmonogramie dozoru, ma prawo przebywać w jakimkolwiek miejscu i nie ma podstaw, by sprawować nad nim kontrolę w tym zakresie.

Opisane wyżej rozwiązania pociągają za sobą dalsze konsekwencje, dotyczące choćby gromadzenia i przechowywania danych uzyskanych w trakcie sprawowania dozoru¹⁵ oraz przekazywanie ich organom ścigania¹⁶. Brak wyraźnego ograniczenia na poziomie ustawowym może skutkować nadużywaniem możliwości, jakie stwarza dozór stacjonarny. Z tego względu należy opowiedzieć się za koniecznością prowadzenia takiej interpretacji przepisów, która jest zgodna z celem kary ograniczenia wolności, w wariantcie opisanym w art. 34 § 1a k.k.

¹⁵ Kwestie gromadzenia i przechowania danych reguluje, wprowadzony nowelą, art. 43x k.k.w.

¹⁶ Mowa o tym w art. 43x § 3 znowelizowanego k.k.w.: „Dane przechowywane przez podmiot dozorujący mogą być ujawnione Policji i przez nią przetwarzane wyłącznie w celu zapobiegania lub wykrywania przestępstw lub przestępstw skarbowych”. Należy podkreślić, że dane gromadzone są w celach prewencyjnych, nawet w sytuacji, gdy organy ścigania nie dysponują żadnymi przesłankami, uzasadniającymi podejrzenie co do możliwości popełnienia przestępstwa.

2.2. Dozór zbliżeniowy

Drugim rodzajem dozoru jest dozór zbliżeniowy. Zgodnie z definicją z art. 43b. § 3 pkt 3 służy on do kontrolowania zachowywania przez skazanego określonej minimalnej odległości od osoby wskazanej przez sąd. W tym zakresie wykorzystywany jest do wykonywania środków karnych i środków zabezpieczających (art. 43c. § 1 k.k.w.). Z analizy przepisów kodeksu karnego wynika, że dozór zbliżeniowy wykorzystywany będzie wyłącznie do kontroli zakazu zbliżania się do określonych osób (art. 39 pkt 2b k.k. oraz art. 93a§2 k.k.) – orzeczonego jako środek karny lub środek zabezpieczający.

Od strony technicznej dozór zbliżeniowy funkcjonuje podobnie jak dozór stacjonarny. Do prawidłowego działania wymaga wykorzystania rejestratora i nadajnika. Skazany zobowiązany jest nosić nadajnik, osoba chroniona wyposażana jest w rejestrator. Od jej woli zależy, jaki rejestrator zostanie wykorzystany w konkretnej sprawie – osoba chroniona ma prawo wystąpić z wnioskiem o wyposażenie jej w rejestrator przenośny albo stacjonarny (art. 43l. § 1 k.k.w.). Każde z rozwiązań ma swoje zalety i wady, a osoba chroniona musi rozważyć, która forma będzie w większym stopniu jej odpowiadała. Rejestrator stacjonarny instalowany jest w domu osoby chronionej i podłączany na stałe do sieci elektrycznej. Takie rozwiązanie pozwala kontrolować jedynie to, czy skazany nie zbliży się na zbyt małą odległość do miejsca, w którym rejestrator jest umieszczony. Dozór elektroniczny nie będzie więc spełniał swojej kontrolnej funkcji w sytuacji, której osoba chroniona przebywa poza domem. Wybór rejestratora przenośnego pozwala zniwelować ten problem i zwiększa poczucie bezpieczeństwa osoby chronionej. Urządzenie noszone przez osobę chronioną pozwala bowiem na ciągłą weryfikację, czy osoba skazana zachowuje od niej minimalną odległość. Niewątpliwym minusem takiego rozwiązania jest jednak konieczność ciągłego noszenia rejestratora, co wiąże się z większym prawdopodobieństwem jego przypadkowego zgubienia czy zniszczenia. Za dodatkową niedogodność uznać należy także konieczność częstego ładowania rejestratora przenośnego. W tej perspektywie decyzja osoby chronionej zakazem w zakresie rodzaju stosowanego rozwiązania technicznego będzie miała niebagatelny wpływ na poziom niedogodności, jakie wynikać będą dla skazanego z faktu stosowania dozoru.

Wydaje się, że wykorzystanie możliwości dozoru elektronicznego do kontroli zakazu zbliżania się do określonej osoby jest rozwiązaniem słusznym. Po raz pierwszy w historii istnieje bowiem realna szansa skutecznego kontrolowa-

nia, czy zakaz jest respektowany¹⁷. Do tej pory efektywność wykonywania zakazu uzależniona była wyłącznie od poczucia obowiązku po stronie skazanego i strachu przed potencjalnymi konsekwencjami jego złamania. Opierał się na autorytecie państwa, które mocą swoich decyzji taki zakaz orzekało. Można wskazać, że w oparciu o podobny mechanizm funkcjonuje obecnie środek zapobiegawczy w postaci zakazu opuszczania kraju, którego kontrola w dobie otwartych granic w ramach strefy Schengen jest wysoce utrudniona¹⁸. Na gruncie nowych przepisów zakaz zbliżania się do określonych osób zyskał techniczne wsparcie, które w dużo większym stopniu pozwoli egzekwować jego przestrzeganie.

Wskazać należy jednak, że przepisy regulujące omawiany typ dozoru powodują kilka dość istotnych wątpliwości, które wymagają komentarza. Pierwszą z nich jest brak możliwości wypowiedzenia się przez domowników osoby chronionej, czy zgadzają się na umieszczenie w ich mieszkaniu rejestratora stacjonarnego. Konieczność uzyskania zgody od dorosłych domowników dotyczy wyłącznie skazanego, w którego domu ma być umieszczony taki rejestrator w przypadku wykorzystania dozoru stacjonarnego w toku wykonywania kary ograniczenia wolności (art. 43h. § 3 k.k.w.). Biorąc pod uwagę, że z punktu widzenia dolegliwości, jakie wiązać się mogą z funkcjonowaniem rejestratora stacjonarnego, to zgodę na jego zainstalowanie powinny wyrazić także domownicy osoby chronionej. Potrzeba ta aktualizuje się szczególnie w sytuacji w której osoba chroniona mieszka z obcymi dla siebie osobami, np. student w akademiku czy robotnik w hotelu pracowniczym. Zainstalowanie rejestratora stacjonarnego może powodować dodatkowe dolegliwości dla współlokatorów takie jak możliwość kontroli funkcjonowania rejestratora przez odpowiednie służby czy serwisowanie sprzętu. Domownicy włączani więc są w wykonywanie środka karnego lub zabezpieczającego, z którym nie mają nic wspólnego.

Innym problemem związanym z dozorem zbliżeniowym jest potencjalny brak możliwości przewidzenia, czy skazany w sposób nieświadomy zbliży się na mniejszą od minimalnej odległość przy wykorzystaniu rejestratora przenośnego. W przypadku tego rodzaju rejestratora skazany nie wie, w jakim miejscu

¹⁷ Wprawdzie na gruncie ustawy SDE istniała możliwość wykorzystania infrastruktury dozoru elektronicznego do kontrolowania zakazu zbliżania się (art. 8 ust. 3 SDE), jednakże każdorazowo musiało być to połączone z wykonywaniem kary pozbawienia wolności w tym systemie. Dozór elektroniczny w przypadku zakazu zbliżania się miał charakter fakultatywny i niesamoistny. Podstawą jego wykorzystania była jedynie ustawa SDE i orzec o tym mógł sąd penitencjarny.

¹⁸ Por. K. Mamak, *Czy zakaz opuszczania kraju ma sens?*, w: P. Nycz, R. Duszkiewicz (red.), *Tymczasowe aresztowanie jako ultima ratio*, Kraków 2011, s. 107-116.

aktualnie przebywa osoba chroniona. O ile może założyć, że nie powinien zbliżyć się do miejsca zamieszkania osoby chronionej czy do jej miejsca pracy, to jednak nie może wiedzieć, czy osoba chroniona znajduje się w miejscu, do którego on planuje się udać. Problem ten może być szczególnie istotny w przypadku mniejszych miejscowości, gdzie ograniczona jest ilość punktów usługowych, sklepów czy miejsc kultu. Prawdopodobieństwo znalezienia się w zasięgu rejestratora w takich miejscach jest dużo większe niż w dużych miastach. Należy pamiętać, że każdorazowe znalezienie się nadajnika noszonego przez skazanego w zasięgu rejestratora przenośnego generuje odpowiednie sygnały, które ostrzegają osobę chronioną i wysyłają informację do centrali monitorowania, która ma obowiązek zareagować. Może się więc zdarzyć, że nieplanoowane spotkanie może spowodować niepotrzebny strach u osoby chronionej i kosztowną interwencję służb.

Wskazane powyżej problemy nie przesłaniają jednak ogólnie pozytywnej oceny instytucji dozoru zbliżeniowego. Wydaje się, że w porównaniu do pozostałych rodzajów dozoru ma on największe szanse spełnienia pokładanych w nim nadziei. Jest to też niewątpliwie najwygodniejszy rodzaj dozoru z perspektywy skazanego. Jego obowiązki prowadzą się bowiem do konieczności noszenia nadajnika. Nie musi on ani niczego łądować, ani instalować w swoim domu.

2.3. Dozór mobilny

Trzecim z wyróżnionych w rozdziale VIIa k.k.w. rodzajów dozoru elektronicznego jest dozór mobilny. Zgodnie z definicją z art. 43b. § 3 pkt 3 k.k.w., służy on do kontrolowania bieżącego miejsca pobytu skazanego, niezależnie od tego, gdzie skazany przebywa. Ma on najszerze wykorzystanie w przepisach prawa karnego materialnego. Podobnie jak dozór zbliżeniowy, może być stosowany w toku wykonywania środka karnego i środka zabezpieczającego w postaci zakazu zbliżania się do określonych osób (art. 39 pkt 2b k.k. oraz art. 93a § 2 k.k.). Ponadto może być użyty do środka karnego w postaci zakazu uczestniczenia w imprezach masowych (art. 43b § 3 k.k.) oraz środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu (art. 93a § 1 pkt 1 k.k.).

Od strony technologicznej jest to rozwiązanie nowocześniejsze w porównaniu do pozostałych rodzajów dozoru. Wykorzystuje możliwość określania miejsca przebywania osoby kontrolowanej w czasie rzeczywistym, dzięki uży-

ciu technologii GPS. Najważniejsza różnica techniczna dla osoby noszącej nadajnik GPS wiąże się koniecznością ładowania baterii akumulatora, który, ze względu na niewielkie rozmiary, ma ograniczoną pojemność i wymaga podłączania do sieci elektrycznej z częstotliwością około dwóch dni. Jest to niewątpliwie duża niedogodność w porównaniu z nadajnikami klasycznymi wykorzystywanymi w dozorze stacjonarnym i zbliżeniowym.

Wydaje się, że jest to najbardziej nieprzemyślany rodzaj dozoru, co znajduje odzwierciedlenie w niemalże każdym sposobie jego wykorzystania przez ustawodawcę.

Pierwszy z nich to zakaz zbliżania się do określonych osób. W poprzednim podpunkcie wskazano, że osoba chroniona ma prawo wystąpienia z wnioskiem o wyposażenie ją w rejestrator. Ma na to jeden miesiąc od otrzymania pouczenia, jeżeli jednak nie złoży takiego wniosku we wspomnianym terminie lub wprost wskaże, że nie jest zainteresowana takim rozwiązaniem, to sąd orzeka o zamianie dozoru zbliżeniowego na dozór mobilny (art. 43 l § 2 k.k.w.). Wydaje się jednak, że jest to rozwiązanie nazbyt ingerujące w sferę wolności skazanego, szczególnie w porównaniu do pierwotnego rodzaju dozoru przewidzianego dla zakazu zbliżania się. Poza niedogodnościami związanymi z koniecznością częstego ładowania akumulatora wątpliwa jest także potencjalna skuteczność tego sposobu kontroli przestrzegania zakazu zbliżania się. Nie ma bowiem możliwości ciągłego monitorowania, czy dozorowany nie podchodzi zbyt blisko do osoby chronionej. W efekcie skuteczność tego sposobu kontroli przestrzegania zakazu zbliżania podobna będzie do zakazu bez użycia środków technicznych. Korzyść, która zostanie dzięki temu osiągnięta, to retrospektywna możliwość ustalenia, czy skazany naruszył orzeczony przez sąd zakaz, jednak ma ona co najwyżej wartość dowodową w toczącym się w przyszłości postępowaniu. Pewną szansą związaną z dozorem mobilnym jest symboliczny aspekt noszenia nadajnika i związany z tym psychologiczny efekt przestrzegania reguł w związku ze świadomością możliwości bycia kontrolowanym. Możliwe, że na skuteczność dozoru mobilnego pozytywnie wpłynie przekonanie po stronie skazanego, że dzięki nadajnikowi GPS jest się ciągle obserwowany¹⁹.

Innym problemem związanym z tą formą wykorzystania dozoru mobilnego jest pozostawienie w rękach osoby chronionej wyboru formy kontrolowania

¹⁹ Jeremy Bentham w koncepcji idealnego więzienia (Panoptikon) wskazywał, że sama świadomość bycia kontrolowanym wpływa pozytywnie na przestrzeganie przez więźniów zasad. Według jego koncepcji, stworzenie iluzji bycia obserwowanym może sprawić, że nie będzie potrzeby zatrudniania zbyt dużej liczby strażników w zakładach karnych. Por. M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1993, s. 235-273.

przestrzegania zakazu zbliżania się. O ile w przypadku możliwości wyboru rejestratora stacjonarnego i przenośnego nie ma zagrożenia dla wolności skazanego, to już decyzja o wykorzystaniu dozoru mobilnego jest na tyle istotna, że powinna być pozostawiona sądowi. Wprawdzie o zmianie sposobu wykonywania zakazu orzeka sąd, jednak ustawa nie przewiduje możliwości wyboru formy wykonywania zakazu zbliżania się. Brak deklaracji osoby chronionej co do typu rejestratora pociąga za sobą konieczność orzeczenia dozoru mobilnego. Obecnie nie można wykluczyć sytuacji, w której osoba chroniona zdając sobie sprawę z wysoce inwazyjnego charakteru dozoru mobilnego, może złośliwie doprowadzić do jego wykorzystania – zwiększając dolegliwość po stronie skazanego.

Wątpliwości budzi także fakt, że stosowanie dozoru mobilnego daje niezwykle szerokie możliwości inwigilowania obywateli. Wymienione w ustawie podmioty uprawnione odpowiedzialne za prowadzenie dozoru elektronicznego, mają możliwość aktualnego śledzenia skazanego noszącego nadajnik GPS. Jego pozycja jest ciągle ustalana, co stwarza możliwości nadmiernej ingerencji państwa w prawa i wolności jednostki. Problem ten nabiera szczególnego znaczenia przy wykonywaniu środka karnego w postaci zakazu wstępu na imprezę masową (art. 43b § 3 k.k.). Istotą tego zakazu jest to, że skazany objęty takim zakazem nie może uczestniczyć w imprezach określonych w orzeczeniu. Największą grupą objętą zakazem są kibice piłki nożnej. Z racji na to, że co do zasady rozgrywki ligowe odbywają się raz w tygodniu, zakaz ten powinien być egzekwowany w czasie trwania takiego meczu. Założenie nadajnika GPS ma charakter trwały i skazany nosi go przez cały okres trwania zakazu. Z powyższego wynika, że zdecydowana większość czasu, w którym nadajnik jest noszony, przypada na okres, w którym skazany może przybywać w dowolnym miejscu – nie ma więc powodu, aby ustalać jego położenie. Nadajnik skazanego musi być jednak włączony przez cały okres trwania zakazu. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę także to, że skazany musi zapewniać regularne ładowanie nadajnika. Biorąc pod uwagę, że jego funkcjonowanie jest uzasadnione wyłącznie przez kilka godzin w ciągu tygodnia, to większość cykli ładowania akumulatorów będzie „bezczelowa” z punktu widzenia zadań, jakie realizować ma zakaz uczestnictwa w imprezach. Można więc postawić tezę, że środek ten jest nadmiernie dolegliwy w kontekście celu jaki ma zabezpieczać i nie spełnia on tym samym konstytucyjnego wymogu proporcjonalności.

Ostatni sposób wykorzystania dozoru mobilnego to wykonywanie środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu (art. 93a § 1 pkt 1 k.k.). Wskazane powyżej wątpliwości związane z użyciem nadajnika

GPS są aktualne także przy tej formie jego wykorzystania. Co więcej, w przypadku środka zabezpieczającego jeszcze mniejsze znaczenie będzie miał wspomniany wcześniej aspekt symboliczny, związany z psychologicznymi skutkami świadomości bycia kontrolowanym. Środek ten stosowany będzie m.in. wobec osób niepoczytalnych, które mają problem z rozpoznaniem znaczenia swoich czynów. Z oczywistych względów takie osoby mogą nie przykładać zbyt wielkiej wagi do nadajnika jako czynnika mającego odstraszać je przed naruszeniem prawa. Problem sprawców niepoczytalnych to także trudności w egzekwowaniu obowiązków łączących się dozorem mobilnym – w tym także ładowania akumulatora. Należy mieć na uwadze, że każde naruszenie obowiązków związanych z dozorem pociągać może wysłanie grupy interwencyjnej. Może się więc zdarzyć, że patrole interwencyjne będą musiały reagować na informację o braku podłączenia nadajnika do prądu w odpowiednim czasie. Wydaje się, że elektroniczna kontrola miejsca pobytu w stosunku do osób niepoczytalnych może mieć ograniczoną skuteczność.

Wskazane powyżej potencjalne problemy z funkcjonowaniem dozoru mobilnego pozwalają przypuszczać, że będzie on nieefektywny. Na tle pozostałych rodzajów dozoru zasługuje on na najgorszą ocenę.

3. Ocena zmian z perspektywy celów nowelizacji

Skuteczność wprowadzanych zmian w zakresie dozoru elektronicznego zależy od wielu różnorodnych czynników. Jednym z najważniejszych jest obraz środka, jaki wykreuje się w świadomości sędziów orzekających w sprawach karnych.

Jeśli chodzi o dozór stacjonarny, należy wskazać, że pomimo opisanych wyżej wad przyjętego uregulowania wydaje się, że ma ono szansę zrealizować cel, jaki przyświecał autorom nowelizacji. Jakkolwiek zmiana funkcji, jaką pełnić ma dozór stacjonarny, nie została w pełni odzwierciedlona w treści przepisów, to, przy zastosowaniu odpowiedniej wykładni, kara ograniczenia wolności połączona z zastosowaniem dozoru elektronicznego może okazać się właściwą alternatywą dla kary pozbawienia wolności w zawieszeniu, akceptowaną zarówno przez sądy, jak i przez społeczeństwo. Wprowadzenie możliwości orzeczenia nakazu pozostawania we wskazanym miejscu jako formy ograniczenia wolności, połączonego z zastosowaniem kontroli w systemie DE, wyposażyło sądy w nowy instrument represji, cechujący się istotną dolegliwością. Biorąc pod uwagę właściwości nowej kary oraz fakt wprowadzenia rygorystycznych przesłanek, które muszą zostać spełnione, by możliwe było wymierzenie kary

pozbawienia wolności w zawieszeniu, można przypuszczać, że przyjęte rozwiązanie przyczyni się do ograniczenia dotychczasowej praktyki nadużywania instrumentów probacyjnych.

Duże szanse na spełnienie pokładanych w nim nadziei ma także dozór zbliżeniowy. Znowelizowane przepisy pozwalają wykorzystać go do skutecznego egzekwowania przestrzegania przez skazanego zakazu zbliżania się do osoby chronionej. W końcu osoba chroniona wyposażona jest w możliwość kontrolowania, czy skazany nie zbliża się do niej na niedozwoloną odległość, a skazany pozbawiony zostanie poczucia bezkarności – nie będzie mógł już niepostrzeżenie zbliżać się do osoby chronionej zakazem. Można mieć nadzieję, że dzięki nowym rozwiązaniom technologicznym powstanie szansa zapobieżenia przynajmniej części przypadków ponownego skrzywdzenia ofiary.

Co do dozoru mobilnego, to stanowi on największą niewiadomą, jeśli oceniać go z perspektywy możliwości osiągnięcia celów, jakie są przed nim stawiane. Na uznanie zasługuje wykorzystanie nowoczesnych technologii w procesie dozoru – oparcie kontroli miejsca pobytu o technologię GPS stanowi nowość, dającą nieznane dotychczas możliwości kontroli. Wydaje się jednak, że forma, w jakiej dozór ten został wykorzystany w nowym systemie prawa karnego, jest w dużej mierze chybiona. Kontrola GPS wykorzystywana jest przy środkach, które nie wymagają ciągłego ustalania miejsca pobytu skazanego albo wymagają go w bardzo wąskim zakresie. Dotkliwą niedogodnością wpływającą na negatywną ocenę jest konieczność częstego ładowania nadajnika. Samo w sobie jest to dodatkową dolegliwością, która nie wynika z istoty środków, w ramach których ten środek dozoru jest wykorzystywany. Problemem jest także możliwość ciągłej inwigilacji skazanego.

Podsumowując, nie można jednoznacznie wskazać, czy reforma w zakresie DE przyniesie spodziewane efekty. Ocena uzależniona jest od typu dozoru i środka, z którym jest związany. Z racji na skalę problemu największe nadzieje pokładane są w dozorze stacjonarnym wykorzystywanym przy karze ograniczenia wolności. Wydaje się, że duże szanse na właściwe wykorzystanie ma także dozór zbliżeniowy. Najwięcej wątpliwości budzi jednak dozór mobilny – od sposobu jego wykorzystania, poprzez konstytucyjne rozterki, aż po technologiczne ograniczenia. Wydaje się, że ten ostatni typ dozoru wymagać będzie w przyszłości podjęcia największych zmian.

Electronic surveillance in light of the novelisation of the criminal law

Electronic surveillance is functioning in the Polish legal system since 2007, however, an novelisation of the criminal law of 2015 completely changed his usage. Nowadays electronic surveillance is used for the purpose of punishment of restriction of liability and for criminal and safety measures. Previously a main usage was connected with short-term imprisonment sentences. The provisions on electronic surveillance become part of the Executive Penal Code. There is division into 3 types of electronic surveillance: stationary, proximity and mobile. This article discusses various types of electronic surveillance and indicates some problems that may arise during the functioning of the new provisions.

Valeri Vachev*
Michał Wantoła**

Sprawozdanie z I Krakowsko-Warszawskiego Seminarium Karnistycznego

W dniach 15-17 maja 2015 r. w Kazimierzu Dolnym odbyło się I Krakowsko-Warszawskie Seminarium Karnistyczne. Idea zorganizowania takiego, bodaj pierwszego, forum wymiany myśli między dwoma największymi ośrodkami nauczania prawa karnego w Polsce zrodziła się podczas zeszłorocznej Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej Studentów i Doktorantów „Prawno-karne aspekty ochrony życia i zdrowia na tle innych dóbr prawnych”, zorganizowanej w Krakowie przez Koło Naukowe Prawa Karnego TBSP UJ. Pomyślnymi sędziami są Agnieszka Bułat, studentka Uniwersytetu Jagiellońskiego, oraz Valeri Vachev, student Uniwersytetu Warszawskiego, a zamysł ten udało się zrealizować dzięki współpracy członków ww. Koła, Koła Naukowego Postępowania Karnego TBSP UJ oraz Koła Naukowego Prawa Karnego Studentów Uniwersytetu Warszawskiego „Temida”.

Samo przedsięwzięcie nie byłoby jednak możliwe, gdyby nie wsparcie ze strony pracowników naukowych Instytutu Prawa Karnego UW, Katedry Prawa Karnego UJ oraz Katedry Postępowania Karnego UJ. Wymienione jednostki objęły Seminarium patronatem, a ich pracownicy: dr Sławomir Żółtek, dr Szymon Pawelec, dr Witold Zontek oraz dr Paweł Czarnecki wzięli czynny udział w Seminarium, wygłaszając referaty oraz moderując poszczególne panele. W ten sam sposób swój udział w Seminarium zaznaczyli dwaj doktoranci w

* Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

** Student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Katedrze Prawa Karnego UJ: mgr Kamil Mamak oraz mgr Dominik Zając. Zasadniczą część Seminarium stanowiły jednak wystąpienia studentów prawa z Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz Uniwersytetu Warszawskiego.

Spośród pięciu paneli, na jakie zostało podzielone Seminarium, dwa dotyczyły prawa karnego materialnego („Normy w prawie karnym materialnym”, „Struktura przestępstwa”), dwa – postępowania karnego („Tryby konsensualne w postępowaniu karnym”, „Postępowanie karne – *varia*”), w jednym panelu były natomiast ujęte kwestie znajdujące się na styku prawa karnego materialnego i procesowego. Został on podzielony na dwie części: „Zasady odpowiedzialności karnej” oraz „Środki reakcji karnej”.

Seminarium rozpoczęło się akcentem teoretycznoprawnym, pierwszy panel dotyczył bowiem analizy normatywnej w prawie karnym materialnym. Był on moderowany przez dra Witolda Zontka z Katedry Prawa Karnego UJ, który również poprzedził go wystąpieniem dotyczącym problemu postrzegania bezprawności na gruncie całego systemu prawa. W referacie pt. „O kilku bezprawnościach. Systemowe konsekwencje” dr Zontek prowadził rozważania dotyczące sposobu ewaluacji poszczególnych komponentów zachowania sprawczego pod kątem ustalenia jego bezprawności albo legalności, co ma kapitalne znaczenie chociażby z punktu widzenia ustalenia przesłanek zastosowania obrony koniecznej. Wywody te były toczone w nawiązaniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego (wyrok SN z 17 stycznia 2013 r., V KK 99/12, OSNKW 2013, nr 5, poz. 44).

Kolejny referat, autorstwa Jakuba Bojke, seminarzysty w Katedrze Prawa Karnego UJ, podejmował temat roli zasady proporcjonalności w wykładni przepisów prawa karnego materialnego. W swoim wystąpieniu autor omówił dotychczas wyrażone w doktrynie poglądy na temat możliwości modyfikowania wyników wstępnej interpretacji przepisów prawa karnego materialnego poprzez konstytucyjną zasadę proporcjonalności oraz poddał je ocenie, poszukując rozwiązań, z jednej strony zgodnego z podstawami ustrojowymi Państwa Polskiego, a z drugiej – umożliwiającego zracjonalizowanie wielu schematów argumentacyjnych pojawiających się w wypowiedziach karnistów. Pierwszy panel zakończył się prezentacją problemu analizy porównawczej normy sankcjonowanej w prawie karnym i dyscyplinarnym przez kolejnego seminarzystę w Katedrze Prawa Karnego UJ, Michała Wantolę. Autor, w nawiązaniu do założeń przyjmowanych w tzw. krakowskiej szkole prawa karnego, zaproponował sposób dekodowania normy postępowania z przepisów prawa dyscyplinarnego, a także zarysował problem bezprawności jako jednego z elementów struktury przewinienia dyscyplinarnego.

Drugi z paneli materialnoprawnych został poświęcony strukturze przestępstwa, a jego moderatorem był dr Sławomir Żółtek z Katedry Prawa Karnego WPiA UW. Wystąpienia studenckie w tej części poprzedził referat moderatora poświęcony problematyce znamion normatywnych w ujęciu semantyczno-institutionalnym. W swoim wystąpieniu dr Żółtek podjął próbę wyjaśnienia spornych zagadnień wyłaniających się w kontekście znamion normatywnych, w szczególności ich ujmowania jako ocennych albo deskryptywnych. Ponadto, prelegent poruszył problematykę instytucjonalnego pojmowania znamion i wyróżnienia w ich treści reguł konstytucyjnych, nadających rzeczywistości nowy, nieznany poza prawem, sens.

Kolejny referat został wygłoszony przez Valeriego Vacheva, seminarzystę w Katedrze Prawa Karnego WPiA UW. Prelegent przedstawił historię rozwoju oraz istotę instytucji zgody dysponenta dobrem w prawie karnym, skupiając się na przedstawieniu niemalże powszechnie przyjmowanego w nauce prawa karnego poglądu o dwojakim charakterze zgody – jako okoliczności dekompletującej znamiona czynu oraz jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Następne wystąpienie dotyczyło problemu znowelizowanego art. 28 § 1 k.k. W referacie pt. „Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego jako okoliczność wyłączająca winę w przypadku przestępstw nieumyślnych” Bartłomiej Kot, seminarzysta w Katedrze Prawa Karnego UJ, w ramach prowadzonej analizy dogmatycznej, oceniał konsekwencje wchodzącej w życie 1 lipca 2015 r. zmiany normatywnej.

Drugi panel zakończyło wystąpienie Martyny Sepko, seminarzystki w Katedrze Prawa Karnego WPiA UW. Prelegentka skupiła się na omówieniu projektu poselskiego z dnia 19 stycznia 2015 r., który dotyczy dodania w art. 25 k.k. po § 3 nowego § 3a, przewidującego wprowadzenie nowego podtypu kontratypu obrony koniecznej do polskiego prawa karnego.

Trzeci panel dotyczył już problemów *stricte* procesowych. Nosił on nazwę „Tryby konsensualne w postępowaniu karnym” i był moderowany przez dra Pawła Czarneckiego z Katedry Postępowania Karnego UJ, który poprzedził go prezentacją dotyczącą odszkodowania i zadośćuczynienia za niesłuszne stosowanie środków przymusu. Biorąc za punkt wyjścia przepisy rozdziału 58 k.p.k., dr Czarnecki prowadził zarówno rozważania *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*.

Pierwsze z wystąpień studenckich w ramach trzeciego panelu zostało wygłoszone przez Michała Zduńczyka, studenta IV roku na WPiA UW. Prelegent poruszył problematykę dotyczącą reguły *nemo se ipsum accusare tenetur* w kontekście instytucji pozwalających na zakończenie procesu karnego na mocy konsensusu stron. W kolejnym wystąpieniu, Mateusz Nowak oraz Anna

Sikora (seminarzyści w Katedrze Postępowania Karnego UJ), prowadzili rozważania nad pozycją oskarżyciela i oskarżonego w trybach konsensualnych. Były one przedstawione w perspektywie wchodzącej w życie od 1 lipca 2015 r. nowelizacji k.p.k., która ma uczynić proces karny (bardziej) kontradiktoryjnym, modyfikując również uregulowania dotyczące instytucji właściwych trybom konsensualnym. Problemem konsensualizmu w dalszej fazie procesu karnego, bo w postępowaniu odwoławczym, zajęły się Joanna Pawlikowska (studentka prawa na UJ) oraz mgr Magdalena Tokarska (doktorantka w Katedrze Postępowania Karnego UJ).

Panel zakończył się referatem Karoliny Bratek oraz Anny Markiewicz (seminarzystek w Katedrze Postępowania Karnego UJ), zatytułowanym: „Umożliwienie postępowania karnego w trybie art. 59a k.k. jako odstępstwo od zasady legalizmu. Zagrożenia i korzyści wynikające z wprowadzonego rozwiązania”. Referentki podjęły problem tyleż nowy, co istotny – instytucja umorzenia konsensualnego jest nową figurą w polskim prawie karnym i na podstawie analizy dotychczasowych wypowiedzi w doktrynie może się wydawać, że sporna jest niemal każda przesłanka jej zastosowania.

Ostatni panel w pierwszym dniu Seminarium dotyczył kwestii z pogranicza prawa karnego materialnego i procesowego. Został on poprzedzony wystąpieniem doktorantów z Katedry Prawa Karnego UJ: mgra Kamila Mamaka oraz mgra Dominika Zająca, którzy – znowuż w kontekście tegorocznej reformy prawa karnego – zajęli się problemem nowego modelu dozoru elektronicznego w k.k.

Pierwszą część ostatniego panelu („Zasady odpowiedzialności karnej”), moderowaną przez mgra Dominika Zająca, rozpoczął Kacper Oleksy, student IV roku na WPiA UW, referatem poświęconym relacji między obecnością w strukturze przestępstwa elementu materialnego a zasadą ścigania przestępstw oraz przyjętym w tej relacji rozwiązaniom służącym racjonalizacji ścigania karnego. Prelegent przedstawił zagadnienia budzące wątpliwości, a wynikające z przyjęcia zasady legalizmu i jednoczesnego stosowania materialnego komponentu w strukturze przestępstwa.

Tę część panelu zakończyło wystąpienie Moniki Utrackiej, proseminarzystki w Katedrze Postępowania Karnego UJ, która podjęła problem z jednej strony znany, z drugiej jednak wciąż nie do końca rozwiązany przez doktrynę, w każdym zaś razie nieuwzględniony w ustawowych regulacjach polskiego prawa karnego. Mowa o pomijalnym zbiegu przestępstw jako jednej z metod wyłączania wielości ocen w prawie karnym materialnym i kwestii wskazania procesowych podstaw do zastosowania tejże konstrukcji.

Na początku moderowanej przez mgra Kamila Mamaka drugiej części tego panelu („Środki reakcji karnej”), Łukasz Strycharczyk, student IV roku na WPiA UW, wygłosił referat na temat instytucji kary łącznej w polskim prawie karnym. Prelegent z jednej strony przedstawił podstawowe założenia konstrukcji kary łącznej, z drugiej zaś szczególną uwagę poświęcił zmianom przewidzianym w przedmiotowym zakresie przez nowelizację rozdziału IX k.k.

Pierwszy dzień obrad zakończyło wystąpienie seminarzystki w Katedrze Prawa Karnego UJ, Mileny Garwol. Podjęła ona temat orzekania i wykonywania środków zabezpieczających po nowelizacji k.k., dokonując (częściowo negatywnej) oceny wprowadzonych od 1 lipca 2015 r. przepisów art. 93a i n. k.k.

W drugim dniu konferencji odbył się ostatni panel, poświęcony problematyce karnoprosesowej, moderowany przez dra Szymona Pawelca. Na początku tej części moderator wygłosił referat na temat zmian strategii obrończych w zreformowanym procesie karnym, ze szczególnym uwzględnieniem wprowadzonych nowelizacją z dnia 27 września 2013 r. rozwiązań dotyczących utrwalania przesłuchań świadków przez Policję w formie protokołu uproszczonego. Po wprowadzeniu do tematyki na podstawie ogólnych uwag dotyczących protokołu w polskim procesie karnym, prelegent przedstawił szczegółowe rozważania na temat wykładni art. 311 § 3–7 k.p.k. i wątpliwości interpretacyjnych wynikających z tych przepisów.

Pierwsze wystąpienie studenckie w drugim dniu Seminarium było autorstwa Oliwii Sentysz, studentki IV roku prawa na WPiA UW. Referentka poruszyła zagadnienia skupiające się wokół tzw. zasady równości broni w kontekście nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. Wskazała na wiele pytań w zakresie podstawy ww. zasady, przed którymi będzie musiał stanąć polski proces karny po wejściu w życie tzw. Wielkiej Nowelizacji.

Jako ostatni prelegent z Uniwersytetu Warszawskiego swoje wystąpienie wygłosił Radosław Parzych, student V roku i seminarzysta w Katedrze Kryminalistyki WPiA UW. Podjął on próbę ukazania pozycji ustrojowej biegłego na gruncie obecnie obowiązujących przepisów procedury karnej, a ponadto przedstawił zmiany w zakresie prawa dowodowego przewidziane przez nowelizację k.p.k. Szczególną uwagę autor poświęcił nowelizacji art. 167 oraz 393 § 3 k.p.k.

Trzeci i ostatni referat w tym panelu, autorstwa seminarzystki w Katedrze Kryminalistyki UJ, Agnieszki Podemskiej, dotyczył trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Autorka prowadziła rozważania wokół tego trybu, który – przypomnijmy – od 27 stycznia 2014 r. (wejście w życie ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. poz. 849) jest publiczny i bezwarunkowy. Były one

oparte na badaniach ankietowych przeprowadzonych przez prelegentkę między innymi wśród prokuratorów i policjantów. Następującą po tym wystąpieniu dyskusją zakończono ostatni panel i tym samym zamknięto dwudniowe Seminarium.

Podsumowując I Krakowsko-Warszawskie Seminarium Karnistyczne, należy stwierdzić, że było ono wyjątkowo udanym i wartościowym przedsięwzięciem, które – w przekonaniu organizatorów – postawi podwaliny pod dalszą współpracę studentów-karnistów z Uniwersytetów Jagiellońskiego i Warszawskiego, stając się coroczną inicjatywą łączącą oba te ośrodki. Dzięki dużemu zaangażowaniu Kadry Naukowej oraz wszystkich Studentów – przejawiającemu się w rzetelnie przygotowanych referatach oraz wnikliwych pytaniach w trakcie dyskusji – I Krakowsko-Warszawskiemu Seminarium Karnistycznemu udało się poruszyć aktualne i ważne dla współczesnego prawa karnego problemy, co niewątpliwie znajdzie swoje odbicie w dalszym przygotowaniu, zarówno teoretycznym, jak i praktycznym, wszystkich uczestników tej inicjatywy.